

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
CURSO DE DIREITO**

JAMARA RAYSSA CAMELO DA SILVA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO

SANTA RITA

2018

JAMARA RAYSSA CAMELO DA SILVA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito do Centro
de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba, como exigência parcial
da obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Adriano Marteleto
Godinho

SANTA RITA

2018

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

S586r Silva, Jamara Rayssa Camelo da.

A Responsabilidade Civil decorrente da desistência da
Adoção / Jamara Rayssa Camelo da Silva. - Santa Rita,
2018.

61 f.

Orientação: Adriano Marteleto Godinho.
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Adoção. 2. Devolução. 3. Dano moral. 4.
Responsabilidade Civil. I. Godinho, Adriano Marteleto.
II. Título.

UFPB/CCJ

JAMARA RAYSSA CAMELO DA SILVA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito do Centro
de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba, como exigência parcial
da obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Adriano Marteleto
Godinho

Banca examinadora:

Data da aprovação: _____

Prof. Dr. Adriano Marteleto Godinho (Orientador)

_____ (Examinador)

_____ (Examinador)

Aos meus avós maternos, Hermes Camelo de Melo e Rosilda da Silva Melo (*in memoriam*).

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus por ser o meu guia e a minha fortaleza.

Aos meus avós, Hermes Camelo de Melo e Rosilda da Silva Melo (*in memoriam*), por terem investido em meus estudos e, com isso, terem me dado a oportunidade de ingressar em uma Universidade Federal, na qual eu pude adquirir muito mais do que conhecimento.

Aos meus grandes mestres, por todos os ensinamentos transmitidos. Em especial, agradeço aos professores Giscard Farias Agra e Alana Ramos Araújo por terem sido grandes exemplos de competência, compromisso e amor pela docência.

Ao meu professor orientador, Adriano Marteleto Godinho, por todo empenho dedicado, pela disponibilidade e compromisso de fazer o melhor por este trabalho. Não posso deixar de agradecê-lo por todos ensinamentos obtidos ao longo do curso, não somente na disciplina de Responsabilidade Civil, que é matéria objeto deste estudo, mas em todas as esferas do Direito Civil em que nos privilegiou ao repassar os seus conhecimentos valiosos. Sem dúvidas, a sua dedicação e amor pelo que faz é algo que inspira a todos que o conhecem.

Às amizades que pude construir no decorrer deste curso. Agradeço aos meus amigos do “Extradita” (Adriane Villarim, Amanda Rolim, Hannah Ferreira, Igor Nunes, José Ronaldo, Lavynia Vaz, Selma Villarim e Wendson Abraão) por dividirem comigo os momentos de aflição, de alegria, de perdas e de conquistas. Em especial, agradeço aos meus amigos Wendson Abraão e Lavynia Vaz, por todos os momentos partilhados, por me emprestarem palavras de conforto, de incentivo e de sabedoria diversas vezes.

E, de modo geral, agradeço a todos aqueles que contribuíram, direta ou indiretamente, para a conclusão desta etapa tão importante em minha vida.

RESUMO

Diante do crescente número de casos de devolução da criança/adolescente após a conclusão do processo de adoção ou no decurso desse, tem surgido a necessidade de analisar a responsabilidade civil decorrente dos danos imateriais gerados por este ato. Para tanto, o presente estudo recorreu à análise do papel da adoção na sociedade e no direito contemporâneo, além da compreensão dos princípios constitucionais que incidem no Direito de Família e dos direitos e garantias que tutelam a criança e o adolescente. Também foi indispensável o estudo do instituto da responsabilidade civil e a compreensão dos requisitos que configuram o dever de indenizar o dano moral sofrido pelas crianças e adolescentes. O presente estudo intentou, através da pesquisa bibliográfica, demonstrar os aspectos processuais e psicossociais que provocam ou contribuem para a desistência da adoção. Além da análise dos estudos doutrinários, este trabalho também buscou compreender as recentes decisões judiciais que trataram do tema, a fim de concluir quais caminhos estão sendo traçados pelo Judiciário. Assim, foi possível concluir que o dever de reparação é devido, mas que cada caso deve ser analisado de acordo com as suas peculiaridades.

Palavras-chaves: Adoção. Devolução. Dano moral. Responsabilidade civil.

ABSTRACT

There has been a need to analyze the civil liability arising from the immaterial damages generated by the increasing number of cases of child/adolescent return after the adoption process has been completed or in the course of that process. In order to do so, the present study used the analysis of the role of adoption in society and contemporary law, in addition to understanding the constitutional principles that affect family law and the rights and guarantees that protect the child and the adolescent. Also, it was indispensable to study the institute of civil responsibility and the understanding of the requirements that constitute the duty to indemnify the moral damages suffered by children and adolescents. The present study attempted, through bibliographic research, to demonstrate the procedural and psychosocial aspects that provoke or contribute to the abandonment of adoption. In addition to the analysis of the doctrinal studies, this paper also sought to understand the recent judicial decisions that dealt with the subject, in order to conclude what are being traced by the Judiciary. Thus, it was possible to conclude that the duty to repair is due, but that each case must be analyzed according to its peculiarities.

Keywords: Adoption. Return. Moral damage. Civil liability.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. ADOÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....	13
2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITUAL DA ADOÇÃO.....	13
2.2. REQUISITOS LEGAIS PARA A ADOÇÃO.....	16
2.3. ASPECTOS PROCESSUAIS DA ADOÇÃO.....	20
3. A DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO.....	24
3.1. CONDIÇÕES PROCESSUAIS QUE CORROBORAM PARA A DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO.....	24
3.2. FATORES PSICANALÍTICOS QUE DESPERTAM NOS ADOTANTES A DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO.....	28
3.3. ASPECTOS LEGAIS ACERCA DA (IM)POSSIBILIDADE DA DEVOLUÇÃO DO ADOTADO.....	30
4. RESPONSABILIDADE CIVIL NA ADOÇÃO.....	33
4.1. A DEVOLUÇÃO DO ADOTANDO COMO FORMA DE VIOLAÇÃO À DIGNIDADE E ABUSO DE DIREITO.....	33
4.2. O DEVER DE INDENIZAR O DANO MORAL, O DANO EXISTENCIAL E A PERDA DE UMA CHANCE RESULTANTES DA DEVOLUÇÃO DO ADOTANDO.....	38
5. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.....	42
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	56
REFERÊNCIAS.....	59

1. INTRODUÇÃO

A adoção, no Brasil, é um tema que suplica atenção dos três poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – e da sociedade. Atualmente, mais de 48 mil¹ crianças e adolescentes vivem em instituições de acolhimento, popularmente conhecidas como abrigos. Em 2017, esse número girava em torno de 46 mil. Os fatores que justificam esse aumento dos casos são inúmeros, dentre os quais pode-se mencionar a dificuldade de operacionalização do Cadastro de Adoção, o aumento do número de pais viciados em drogas e/ou álcool, a complexa criminalização do aborto, o desafio da adoção de grupos de irmãos e a morosidade na destituição do poder familiar, que é reflexo da crise enfrentada pelo Poder Judiciário.

Ou seja, a adoção é uma questão que envolve inúmeras outras questões políticas, sociais e econômicas. E, é justamente por alcançar e elevar questões tão complexas que é possível se observar, ao longo dos anos, a ausência de posturas mais contundentes que visem salutar os enfrentamentos do processo de adoção. O que temos hoje é um processo extremamente lento e burocrático que vem sendo contornado com medidas meramente paliativas.

Fato é que milhares de crianças e adolescentes estão crescendo em abrigos, invisíveis à sociedade. Não são raros os casos em que eles chegam ainda bebês às instituições de acolhimento e quando saem já atingiram a maioridade. Os menores ficam nessas instituições até que possam ser reintegrados às suas famílias biológicas ou que sejam encaminhadas à uma família substituta. Quando a tentativa de reinserção do infante na família biológica é frustrada, resta a opção da adoção. A partir disso, são longos e dolorosos anos esperando o dia em que serão adotados por uma nova família. São anos lidando com o sentimento de rejeição, questionamentos, ansiedade, baixa autoestima, vazio de afetividade, relações sociais instáveis, entre outros dilemas.

Não bastasse toda essa imensidão de enfrentamentos, toda essa violência psicológica com a qual as crianças e adolescentes precisam lidar durante o processo de adoção. Não bastasse a seqüela do abandono afetivo, que desestruturam, desorientam, tornando-as pessoas infelizes e inseguras, tem se tornado recorrente a prática da devolução do adotado.

Apesar de a adoção ser irrevogável (art. 39, §1º do ECA), alguns adotantes simplesmente devolvem o filho adotado. A psicanálise já vem analisando os inúmeros

¹ Números oficiais do Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas: 48.008 (quarenta e oito mil e oito), obtidos em março de 2018 – Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

comportamentos que compõem a origem desse arrependimento posterior à adoção, que acaba por reavivar os traumas passados e desencadear novos transtornos psicológicos ao adotando.

Em sua maioria, a iniciativa de adotar está vinculada a uma frustração decorrente da infertilidade ou da impossibilidade de gerar um filho. Ocorre que a vontade imediata de ter um filho vai de encontro com a morosidade do processo de adoção. De início, a primeira barreira é o cadastramento que, em alguns casos, pode levar até dois anos. Em seguida vem a lista de espera. Ressalta-se ser uma espera às cegas, em que não é possível conhecer as crianças que estão abrigadas, impossibilitando, assim, a construção de qualquer vínculo afetivo anterior à adoção. E, desse modo, o tempo se esvai, os interesses mudam, a vida dos adotantes já não é a mesma. Então, em um dia inesperado uma criança é destinada a uma família para ser acolhida como seu filho.

Numa gestação natural, ainda que não planejada, os pais, os familiares, amigos e todo aquele pequeno universo primário em que a criança irá pertencer se preparam para sua chegada. Ainda que não possa ser visto nem tocado, o nascituro já possui a identificação por um nome, seu espaço reservado no lar, seu afeto e espera. Diferentemente da criança gerada, a criança adotada não é uma página em branco. Toda criança que compõe o cadastro de adoção possui uma história, uma luta. Infelizmente, nem todos os adotantes estão prontos para lidar com todos os enfrentamentos que o processo jurídico e psicológico da adoção exige e, mesmo assim, muitos submetem-se ao desafio.

Alguns estudos apontam que a intensidade do sentimento que abriga dentro das crianças adotadas é possível de ser medida pela agressividade com que elas tendem a manifestar para com as suas mães adotivas. A agressividade contra aqueles que assumem o desafio de amar, de tentar preencher um vazio que sequer sabem o tamanho, é proporcional ao forte sentimento que carregam. É nesse difícil momento de convivência que muitos adotantes não conseguem, seja por despreparo ou falta de empatia, suportar as adversidades, e acabam por optar pelo caminho mais fácil: a desistência.

A desistência representa para o Judiciário o fracasso do processo de adoção. Já para o infante, representa a vivência de um estado de duplo abandono. Ao mesmo tempo em que se repetem sentimentos já vivenciados com a rejeição da família biológica, também se experimenta o fracasso da expectativa de pertencer a uma nova família. O retorno para uma instituição de acolhimento, o recomeço da espera por outra possibilidade de adoção traz consigo um abalo psicológico incalculável, gerando na criança e no adolescente a desconfiança de que não exista ninguém que queira realmente acolhê-la e amá-la.

Nesse sentido, não há óbice quanto à verificação do dano moral causado. O dano moral ou o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima, atua dentro dos direitos da personalidade, interferindo intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar.

É justamente em face dos reflexos jurídicos e psicanalíticos que a desistência da adoção provoca que este trabalho terá o seu enfoque. Haja vista que o nosso ordenamento possui normas e princípios constitucionais e civis que objetivam resguardar a dignidade da pessoa humana (art. 1^a, III da CF), o melhor interesse da criança e do adolescente (art. 227, caput da CF) e a reparação pelo dano moral causado (art. 186, CC/2002), o objetivo desse trabalho será comprovar a existência das consequências psicológicas ocasionadas pelo amargo de mais uma rejeição, que tornam devidas e necessárias as reparações pelo dano moral e psíquico provocado.

Para tanto foi utilizado o método de pesquisa bibliográfica, procurando explicitar o problema através da análise da literatura já publicada em forma de livros, revistas científicas, publicações avulsas em material impresso e digital. Além, é claro, da análise documental de projetos de leis, leis, normas, resoluções, cartilhas que envolviam o tema em questão.

O presente estudo também adotou uma proposta interdisciplinar, englobando outras disciplinas como, por exemplo, a psicanálise, sempre que necessário. Tal escolha se deu por exigência do próprio tema que, por se tratar de questões subjetivas e intrínsecas, reclamam a interdisciplinaridade com outras áreas de estudos voltadas para a compreensão do homem e do seu convívio social.

Estruturalmente esta obra está organizada em cinco capítulos. O primeiro e o segundo capítulos destinam-se a uma compreensão introdutória da atual situação da adoção no Brasil, os aspectos legais do instituto, suas espécies, as etapas do processo de adoção e os principais aspectos processuais que corroboram para a desistência da adoção.

O terceiro capítulo trata da devolução do adotado, tanto dos fatores psicanalíticos que despertam nos adotantes a desistência da adoção, quanto os aspectos legais que movimentam a discussão acerca da (im)possibilidade da devolução.

Na sequência, o quarto capítulo eleva a questão da responsabilidade civil na adoção, buscando demonstrar os elementos jurídicos que comprovam a verificação do dano moral e da perda de uma chance e, com isso, consolidar o dever de indenizar a desistência da adoção.

Por fim, no quinto capítulo buscou-se expor e analisar o posicionamento das Cortes brasileiras acerca do tema, apresentando quais teses estão sendo utilizadas e refletindo se tais decisões estão consoantes aos princípios e fundamentos constitucionais.

Com isso, o presente estudo intenta comprovar que a desistência da adoção, seja no decurso do estágio de convivência ou quando já ocorreu o trânsito em julgado da sentença constitutiva, gera danos aos adotandos. Devendo, portanto, recair sobre os adotantes o dever de indenizar as crianças/adolescentes pela ofensa gerada.

De um modo geral, o estudo pretende chamar a atenção da comunidade acadêmica, bem como das autoridades envolvidas no processo de adoção, para uma questão que vem sendo bastante recorrente e que merece uma maior atenção. O processo de adoção precisa ser visto com olhos mais sensíveis, uma vez que são várias as questões subjetivas que permeiam a medida e que aumentam de forma considerável o papel da equipe interprofissional.

Infelizmente, não são todas as Comarcas que contam com uma equipe interprofissional capacitada de forma suficiente para evitar os transtornos a que o processo de adoção está sujeito. Isso é uma questão que vem passando despercebida ano após ano e, que reclama por uma reformulação, por melhores condições das Varas de Infância e Juventude. Não somente pelo fato do processo de adoção lidar com a vida de crianças e adolescentes, mas também pelo fato da adoção estar diretamente ligada a um direito fundamental que é o direito à convivência familiar e com a própria dignidade da pessoa humana.

A família representa para toda e qualquer pessoa a primeira instituição em que o sujeito está inserido, é o primeiro núcleo de afeto e respeito. Qualquer medida que ponha em risco a relação existente entre o indivíduo e o convívio familiar provoca forte abalo à sua integridade psíquica e, em inúmeros casos, acabam por refletir em seus comportamentos e em suas relações interpessoais. Por isso, os danos causados pela desistência da adoção precisam ser observados como uma problemática de relevância significativa, vez que as crianças e adolescentes são indivíduos ainda em formação.

2. ADOÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A adoção, como o próprio Direito de Família, passou por diversas modificações ao longo dos anos e das civilizações. No presente capítulo, serão analisadas as evoluções históricas e legislativas que corroboraram para o conceito contemporâneo atribuído à adoção. Também no mesmo capítulo serão apresentados os trâmites processuais da adoção no direito brasileiro.

2.1. Evolução histórica e conceitual da Adoção

Há relatos sobre adoção em praticamente todas as civilizações da Antiguidade. A Bíblia Sagrada narra a adoção do profeta Moisés pela filha do Faraó, no Egito². O Código de Hamurabi (1728–1686 a.C.), na Babilônia, já disciplinava a adoção em diversos artigos.³ Cada civilização, ao seu tempo, atribuiu um significado diferente à adoção.

Segundo Fustel de Coulanges (1961), na antiguidade, a adoção era valorizada porque estava diretamente ligada ao dever de perpetuar o culto doméstico. Adotar um filho significava velar pela continuidade da religião doméstica, pela salvação do fogo sagrado, pela continuação das ofertas fúnebres e pelo repouso dos manes dos antepassados.

Na Idade Média, entretanto, por influência dos preceitos religiosos da Igreja Católica, a prática não era bem aceita, vindo a cair em desuso. Havia certo receio de que a adoção fosse uma medida usada para camuflar a existência de filhos oriundos de adultérios ou incestos, que eram práticas extremamente abominadas. Com isso, o número de abandono de crianças fruto de gravidezes indesejadas tornou-se significativo. Impressionado com a quantidade de recém-nascidos que estavam sendo encontrados mortos no Rio Tibre (Itália), o Papa Inocêncio III instaurou a “Roda dos expostos” ou “Roda da misericórdia”, que era um cilindro de madeira preso ao muro dos conventos e casas de misericórdia, onde a criança era depositada sem que a identidade de quem ali a colocou fosse descoberta (MARCILIO, 1997).

No Direito brasileiro, o instituto da adoção foi incorporado por meio do Direito português ainda na época do Brasil Colônia. E, como Portugal, por influência das obras de misericórdia do Papa Inocêncio III, tinha uma certa preocupação com o assistencialismo às crianças abandonadas, essa tradição de tratar a adoção como obra de caridade foi transferida ao Brasil.

Adotar, portanto, significava um ato de caridade pelo qual famílias abastadas acolhiam em suas casas filhos de terceiros, os chamados “filhos de criação”. Entretanto, na prática,

² Bíblia Sagrada, Êxodo 2:10.

³ Código de Hamurabi, arts 185 ao 191.

acolher crianças que necessitavam de abrigo se tornou uma oportunidade de garantir mão de obra gratuita (DUTRA; MAUX, 2010). Não se havia um interesse genuíno em cuidar da criança acolhida, o que se havia era uma troca de interesses disfarçada de empatia. Os filhos adotados não possuíam nenhuma garantia de direitos possessórios ou sucessórios. Comumente o infante recebia tratamento diverso dos filhos biológicos, sendo inferiorizado perante os familiares. Infelizmente, embora exista um avanço social e legislativo, essa é uma herança cultural que ainda permeia a sociedade contemporânea.

Apenas com o advento do Código Civil de 1916 que a adoção passou a ser regulamentada, de fato, no Brasil. Contudo, era uma legislação que visava atender ao interesse dos adotantes e não do adotado. De início, a adoção só era permitida às pessoas casadas que não possuísssem filhos, podia vir a ser revogada e o adotando não perdia o vínculo com a família biológica.

Posteriormente, em 1957, com a Lei nº 3.133, diversas previsões do Código Civil de 1916 foram alterados como, por exemplo, a redução da idade mínima exigida ao adotante, que passou de 50 para 30 anos, e a possibilidade de casais que já possuíam filhos também poderem adotar. Porém, permaneceram as normas que permitiam o desfazimento da adoção (art. 374, CC/1916) e, ainda, criou-se uma distinção acerca da legitimidade ao direito sucessório entre os filhos adotados e os filhos biológicos (art. 377, CC/1916).

Em seguida, a Lei nº 4.655/65 tratou da Legitimidade Adotiva, que se caracterizava pela possibilidade de o filho adotivo ser desvinculado da família biológica quando tivesse sido abandonado antes dos 7 anos ou a identidade dos pais fosse desconhecida, tornando, nesses casos, a adoção irrevogável. As crianças desvinculadas de suas famílias biológicas tinham todos os direitos do filho biológico, exceto o direito à sucessão legítima.

Em 1979, o Código de Menores – Lei nº 6.697 transformou a Legitimidade Adotiva em duas modalidades de adoção: a adoção simples e a adoção plena. A simples tratava-se da adoção de crianças maiores de 7 anos, em situação irregular. A adoção plena consistia em dar aos adotantes e ao adotado pleno direito, a adoção era irrevogável e o nome dos adotantes passou a constar no registro de nascimento do adotado. No entanto, apesar da evolução significativa, essa lei ainda mantinha a diferenciação entre filho biológico e filho adotivo.

Foi somente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 que os filhos adotados puderam vislumbrar a absoluta igualdade de direitos, conforme se pode conferir da leitura do parágrafo 6º do artigo 227, da Constituição Federal: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Com isso, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei nº 8.069/1990, objetivando a proteção integral e o melhor interesse da criança e do adolescente, extinguiu a adoção simples e ampliou as garantias da adoção plena. A adoção passou a ser irrevogável, independentemente da idade do adotado. Além de ter permitido a qualquer pessoa maior de 18 anos, que esteja dentro do perfil adequado para adotar, poder compor a lista de espera de adoção, não importando qual seja o seu estado civil ou se já possua filhos biológicos.

Quase 20 anos após o ECA, surge no ordenamento a Lei Nacional da Adoção – Lei nº 12.010/2009, que revogou praticamente todos os dispositivos do Código Civil de 2002 que tratavam de adoção, deixando apenas os artigos 1.618 e 1.619, tão somente para direcionar as regras de adoção ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Lei nº 12.010/2009 também fez diversas alterações no próprio Capítulo III do Estatuto da Criança e do Adolescente, que contém os artigos que tratam da convivência familiar, guarda, tutela e adoção. Além de complementar os dispositivos sobre a Adoção internacional, também dispôs sobre o acompanhamento psicológico que deve ser garantido à mulher gestante que decidir entregar o filho à adoção, da adoção de crianças indígenas e quilombolas, que deverá ocorrer prioritariamente por membros da comunidade da criança ou da mesma etnia, e da criação dos cadastros estaduais e nacionais, entre outras modificações.

Em 2014 tem-se uma conquista relevante para as crianças com deficiência ou alguma doença crônica, a Lei nº 12.955 alterou o artigo 47 do ECA para acrescentar a seguinte norma: “Terão prioridade de tramitação os processos de adoção em que o adotando for criança ou adolescente com deficiência ou com doença crônica”.

Em seguida surge o Marco Regulatório para a Primeira Infância – Lei nº 13.257/2016, que estabeleceu princípios e diretrizes para a implementação de políticas públicas voltadas aos primeiros anos de vida e ao desenvolvimento infantil e também promoveu alterações no ECA.

Ressalte-se, ainda, que atualmente dois tratados internacionais estão incorporados à legislação brasileira: a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, mais conhecida como Convenção de Haia, e a Convenção sobre os Direitos da Criança.

Toda esta evolução histórica e legislativa concorreu para o conceito de adoção atual. Contemporaneamente, a adoção não se trata mais de uma solução para a impossibilidade de procriar, tampouco de uma forma de amparar pessoas abandonadas por seus pais biológicos. Adotar significa dar a uma pessoa humana a oportunidade de estar inserida em um núcleo familiar de forma plena e efetiva, a fim de assegurá-la de sua dignidade, atendendo às suas

necessidades de desenvolvimento da personalidade, inclusive pelo prisma psíquico, educacional e afetivo (FARIAS; ROSENVALD, 2015).

Como bem propugnam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015), afasta-se a ideia do instituto como mera possibilidade de dar um filho a quem não o teve pelo mecanismo biológico, como se fosse um substitutivo para a frustração da procriação pelo método sexual.

Ainda, leciona Maria Berenice Dias (2016) que a adoção é um ato jurídico que cria um vínculo fictício de paternidade-maternidade-filiação entre pessoas estranhas, equivalente ao que resulta da filiação biológica. Decorre exclusivamente de um ato de vontade, uma modalidade de filiação pautada no amor, que gera um vínculo de parentesco por opção. Adotar, portanto, é consagrar a paternidade baseando-se em um fator não-biológico, mas em um fator sociológico, no desejo de amar e ser amado.

Após a Constituição ter elevado a filiação socioafetiva, passou-se a reconhecer que a relação jurídica paterno-filial não é um dado da natureza, mero vínculo biológico, mas uma “construção cultural, fortificada na convivência, no entrelaçamento dos afetos, pouco importando sua origem”, como aponta Paulo Lôbo (2011).

Nesse sentido, Rodrigo da Cunha Pereira, arremata esse papel da adoção na sociedade atual, e sua importância para a compreensão da filiação, fundada na família socioafetiva, com a seguinte reflexão:

O elemento definidor e determinante da paternidade certamente não é o biológico, pois não é raro o genitor não assumir o filho. Por isso é que se diz que todo pai deve adotar o filho, pois só o será se assim o desejar, ou seja, se de fato o adotar. (PEREIRA, 2012, p. 133)

Assim, pode-se concluir que a adoção se concretiza quando não mais existe a necessidade de colocar um adjetivo para diferenciar ou qualificar o filho. Naturalmente desaparecem expressões como “filho adotado”, “filho de criação” e resta apenas o reconhecimento e a certeza de que aquele indivíduo ocupa a posição de filho, pouco importando a origem daquela filiação.

2.2. Requisitos legais para a adoção

Primeiramente, cumpre destacar que todas as pessoas civilmente capazes possuem legitimidade para adotar, isto é, as que tenham idade superior a dezoito anos, independentemente do estado civil que possuam (art. 42, *caput*, ECA). Quando a adoção for conjunta, ambos adotantes devem ter a idade mínima exigida. Ressalte-se que o parágrafo

terceiro do referido artigo exige que o adotante seja dezesseis anos mais velho que o adotado. Se o adotante tiver menos de dezoito anos, a adoção será nula, por violação de requisito legal essencial, não podendo ser sanada quando o adotante completar a idade mínima exigida.

Também são impossibilitados de adotar os maiores que não puderem exprimir sua vontade, ainda que por causa transitória (art. 4º, III, CC/2002). Em razão da natureza do ato, que supõe inserção do adotando em ambiente familiar saudável, propiciador do pleno desenvolvimento humano, estão impedidos de adotar os ébrios habituais e os viciados em tóxicos, bem como os demais considerados relativamente incapazes (art. 4º, II, CC/2002).

Ainda, por total incompatibilidade com o instituto da adoção, também não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando, conforme aduz o art. 42, § 1º, do ECA. Tal proibição se dá em razão do fato de o adotado ser sempre descendente e, na hipótese de serem irmãos, a adoção confundiria a relação de parentesco, tendo em vista que o adotando seria irmão e filho ao mesmo tempo. No caso dos avós, é possível que sejam detentores da guarda ou tutores do neto, mas não podem adotá-lo como filho. Ressalte-se não haver qualquer impedimento para adoção de parentes colaterais de terceiro grau, a exemplo de sobrinhos.

Outra possibilidade legal é que seja deferida a adoção mesmo após a morte do adotante. Tal hipótese, chamada de adoção póstuma, encontra-se prevista no ECA (art. 42, §6º). O fato do falecimento não obsta a sentença e seus efeitos porque a vontade do adotante já restou demonstrada na propositura da ação. A respeito desta espécie de adoção, dois aspectos interessantes merecem ser analisados. O primeiro deles é em relação aos seus efeitos. A adoção, em geral, tem efeitos *ex nunc* a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva. Contudo, no caso da adoção póstuma, os efeitos são *ex tunc*, retrocedendo à data do falecimento.

O segundo aspecto relevante é acerca da inequívoca manifestação de vontade exigida. A jurisprudência já tem admitido que a inequívoca manifestação de vontade não se verifica apenas pela propositura da ação. Quando o falecimento do adotante vir a ocorrer antes mesmo dele ter dado início à ação, o fato dele já ter manifestado, em vida, a pretensão clara e evidente de que desejava adotar, deve ser levado em consideração, afim de se respeitar os interesses do *de cujus* (DIAS, 2017).

Além dos requisitos já mencionados, aos adotantes que objetivam a adoção conjunta, exige-se também a comprovação de “estabilidade da família” (art. 42, §2º, ECA). A estabilidade é uma situação de fato. Não basta o casamento ou a prova da união estável. É necessário que o casal que pretende adotar demonstre viver em um lar estável, estruturalmente, financeiramente e afetivamente, a fim de não oferecer riscos às responsabilidades decorrentes da filiação em geral.

De acordo com o *caput* do artigo 45 do ECA, outra condição elementar para que se ocorra a adoção é o consentimento dos pais ou do representante legal do adotando. Sem o consentimento expresso dos pais biológicos do adotando a adoção fica inviabilizada. Esse consentimento, inclusive, possui natureza personalíssima. Ou seja, o consentimento dado por apenas um dos pais não é suficiente, exigindo-se a declaração de vontade de ambos. Até mesmo o suprimento judicial, nesse caso, não é suficiente para substituir o consentimento dos genitores.

Do mesmo modo, nos casos em que o infante esteja sob a guarda unilateral, ou seja, de apenas um dos pais, ou mesmo sob a guarda de terceiro, será imprescindível o consentimento dos genitores, salvo, é claro, nos casos em que os genitores estejam destituídos do exercício do poder familiar (art. 45, § 1º, ECA).

Na adoção de pessoa adulta, entretanto, o consentimento dos pais é desnecessário, mas a citação deles no processo de adoção é necessária. Ainda, aduz o mesmo artigo em comento, em seu parágrafo segundo, que é exigida a concordância expressa do adotando, quando maior de doze anos de idade.

Quando o adotando possuir idade inferior a doze anos, apesar de não ser exigido o seu consentimento, sempre que possível será ouvido por equipe interprofissional, respeitado o seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão acerca da adoção e seus efeitos jurídicos – art. 28, §1º, ECA (FARIAS; ROSENVALD, 2015).

Em síntese, o consentimento dos genitores é imprescindível para a adoção de menores. E somente será dispensado quando se tratar de pais desconhecidos (que não constem no registro civil) ou que tenham sido destituídos do poder familiar (ECA, art. 45, §1º).

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2015) explicam que esse consentimento dos genitores “pode ser manifestado por qualquer meio, não havendo exigência formal. Todavia, é indispensável a sua ratificação perante a autoridade judiciária e o Ministério Público. É possível, de qualquer maneira, a sua retratação até a publicação da sentença constitutiva”.

Em relação à destituição do poder familiar a que aduz o parágrafo primeiro do artigo 45 do ECA, cumpre fazer algumas observações. Primeiramente, a destituição do poder familiar, assim como os requisitos supracitados, deve ser anterior à adoção. Não é possível adotar uma criança que ainda esteja sob poder familiar dos pais biológicos.

Outro ponto fundamental é que não se deve confundir suspensão, extinção e perda do poder familiar. A suspensão trata-se de uma restrição no exercício da função dos pais, estabelecida por decisão judicial e que perdura enquanto for necessária aos interesses do filho. Tal medida protetiva se dá nos casos previstos no artigo 1.637 do Código Civil/2002:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

A extinção, também prevista no Código Civil brasileiro (art. 1.635), pode ocorrer em decorrência da morte dos pais ou do filho, da emancipação, pela maioridade, pela adoção ou por decisão judicial. Na extinção o poder familiar se encerra de forma automática, como uma relação de causa e consequência. Já na perda, a destituição se dá por decisão judicial diante da incidência de quaisquer das causas elencadas no artigo 1.638 do Código Civil:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

- I - castigar imoderadamente o filho;
- II - deixar o filho em abandono;
- III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
- IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.
- V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

Note-se que, de acordo com o inciso IV do artigo acima exposto, a prática reiterada de atos que ensejam a suspensão do poder familiar torna-se justo motivo para a decretação da perda do poder familiar.

Das três espécies de destituição do poder familiar, a perda do poder familiar é considerada por grande parte da doutrina como medida excepcional. Sempre que possível, e visando o melhor interesse da criança, deverá ser evitada. Desse mesmo entendimento compartilha Paulo Lôbo, como pode-se observar no trecho a seguir:

Por sua gravidade, a perda do poder familiar somente deve ser decidida quando o fato que a ensejar for de tal magnitude que ponha em perigo permanente a segurança e a dignidade do filho. A suspensão do poder familiar ou adoção de medidas eficazes devem ser preferidas à perda, quando houver possibilidade de recomposição ulterior dos laços de afetividade. A perda é imposta no melhor interesse do filho; se sua decretação lhe trazer prejuízo, deve ser evitada. (LÔBO, Paulo, 2011, p. 308)

A perda do poder familiar decorre da ação de destituição do poder familiar, que é de tramitação longa, e “somente é proposta pelo Ministério Público após esgotadas todas as possibilidades de manter o filho junto aos pais ou de entregá-lo a alguém de sua família” (DIAS, 2017).

Recentemente, a Lei nº 13.257/2016 alterou o *caput* do artigo 19 do ECA para sedimentar a ideia de que a inserção da criança e do adolescente em família substituta é uma medida excepcional, conforme se pode extrair da leitura do texto legal:

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

Ocorre que, mesmo com os esforços somados pelo Legislativo e o Judiciário em tentar, de todas as formas, conservar o vínculo biológico e reintegrar a criança em sua família natural ou extensa, crianças e adolescentes são comumente rejeitadas pelos seus pais e parentes. E não resta outra alternativa senão institucionalizá-las, o que, de forma direta e popular, significa depositá-las em abrigos enquanto esperam para serem adotadas por uma família substituta.

Como poderá ser visto na sequência, todo esse caminho processual da ação de destituição do poder familiar e da ação de adoção costuma ser tão longo que, na tentativa de mitigar o tempo de duração, a jurisprudência vem admitindo a cumulação de ambas as demandas⁴. Dessa forma, em um único processo é possível requerer a destituição dos genitores e a concessão da adoção. Por óbvio, tal hipótese só é possível quando o adotante já possui a guarda da criança ou adolescente.

2.3. Aspectos processuais da adoção

Após o trânsito em julgado da ação de destituição familiar, regra geral, o juiz irá determinar a inclusão da criança ou adolescente no Cadastro Nacional de Adoção – CNA. De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 50, §8º, ECA), o prazo para que esta providência seja tomada é de 48 (quarenta e oito) horas. O mesmo se aplica à inclusão de pessoas interessadas em adotar.

⁴ Ação de destituição do poder familiar c/c adoção. Abandono material e espiritual evidenciado nos autos. Arts. 1.635 e 1.638 do cc e arts. 22 e 24 do ECA. Adoção conferida aos tios maternos da menor, detentores da sua guarda legal. Larga convivência entre adotando e adotantes - aproximadamente 8 (oito) anos. Medida que atende ao melhor interesse da infante. Art. 50, § 13º, II e III, c/c art. 43, ambos do eca. Desnecessidade de consentimento dos pais biológicos. Art. 45, § 1º, do ECA. Recurso desprovido. A destituição do poder familiar, um dos primados básicos que embasam a teoria da proteção integral prevista no Estatuto da criança e do adolescente, não se destina a penalizar o genitor negligente, mas sim salvaguardar os interesses da criança e do adolescente no que diz respeito ao desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, dignos de pessoa em formação. (TJ-SC - AC: 20150485534 Lages 2015.048553-4, Relator: Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Data de Julgamento: 08/09/2015, Terceira Câmara de Direito Civil)

No Brasil, só é possível adotar pela via judicial; não se admite a adoção por escritura pública ou contrato particular. A adoção é matéria de interesse público, portanto, exige a intervenção do Estado que age através do Poder Judiciário. Conforme dispõe o ECA (art. 148, III), compete às Varas da Infância e da Juventude conhecer os pedidos de adoção e seus incidentes.

O processo de adoção tem início, antes mesmo da ação de adoção, com a habilitação dos pretendentes. A habilitação encontra-se regulamentada do artigo 197-A ao 197-E do ECA. 44433Em síntese, o processo de habilitação se instaura com a apresentação de petição inicial que, conforme dispõe o artigo 197-A, deverá constar as seguintes informações: I- qualificação completa; II- dados familiares; III- cópias autenticadas de certidão de nascimento ou casamento, ou declaração relativa ao período de união estável; IV- cópias da cédula de identidade e inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas; V- comprovante de renda e domicílio; VI- atestados de sanidade física e mental; VII- certidão de antecedentes criminais; e, VIII- certidão negativa de distribuição cível.

Na sequência, os autos são encaminhados ao Ministério Público, que poderá apresentar quesitos a serem verificados pela equipe interprofissional que irá elaborar o estudo técnico, designar audiência para oitiva dos postulantes e testemunhas ou requerer a juntada de documentos complementares, bem como a realização de outras diligências que entender necessárias.

Nessa fase de habilitação, assim como em tantas outras do processo de adoção como um todo, é indispensável e de suma importância o trabalho da equipe interprofissional. O estudo psicossocial é que determina a capacidade e o preparo dos postulantes para o exercício da paternidade ou maternidade responsável. Por isso, o parágrafo primeiro do artigo 197-C traz que a participação dos postulantes em programas de preparação psicológica e orientação é obrigatória. O Estatuto também determina que esses programas estimulem a adoção inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, portadoras de problemas de saúde ou deficiência e de grupos de irmãos. Durante esse estágio de preparação, o ECA permite que os pretendentes visitem as instituições de acolhimento.

Depois de certificada a conclusão em programa de preparação, o estudo psicossocial é encaminhado ao Ministério Público para elaboração de parecer e, a depender do caso, o juiz poderá designar audiência de instrução e julgamento. Nada mais restando a ser feito, o pedido de habilitação é deferido (art. 197-D, ECA) e o postulante passará a compor o Cadastro Nacional de Adoção.

Cumpra-se destacar que é possível, em alguns casos específicos, que a ação de adoção seja proposta por quem não passou por essa fase de habilitação. Isso ocorre quando já existe um vínculo de convivência entre o adotante e o adotado, conforme podemos observar na leitura do parágrafo treze do artigo 50 do ECA:

Art. 50 [...]

§ 13. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando:

I - se tratar de pedido de adoção unilateral;

II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade;

III - oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei. [...]

Acerca desta sensata flexibilização, já se manifestaram Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald no seguinte sentido:

Em casos específicos, quando já se estabeleceu um forte vínculo entre o infante e o pretendente à adoção, mostra-se justificável a flexibilização da exigência de inserção em lista prévia. Do contrário, estar-se-ia sacrificando o melhor interesse da criança ou adolescente para privilegiar formalismos legais. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 939)

No mais, não sendo nenhuma das hipóteses acima expostas, o cadastramento é a única forma de ingresso na lista de interessados em adotar. A partir dele é que se inicia, de fato, a espera pelo filho a ser adotado. Uma espera que chega a durar mais de dois anos e que, como será analisado no capítulo seguinte, influencia, de certa forma, na desistência do plano de expansão familiar.

Quando, finalmente, as linhas se cruzam e uma criança é direcionada a um pretendente, tem-se início o estágio de convivência, que é mais uma obrigatoriedade imposta pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Seu tempo de duração não é o mesmo para todos os casos, variando conforme a idade e as peculiaridades do infante. As únicas limitações temporais trazidas pelo ECA são em relação ao mínimo e ao máximo de tempo de duração (art. 46, ECA). Na adoção nacional, o máximo de duração do estágio de convivência é de 90 (noventa) dias, podendo o prazo ser prorrogado por decisão fundamentada pelo juiz. Já nos casos de adoção internacional, a lei estabelece um período mínimo de 30 (trinta) dias e máximo de 45 (quarenta e cinco) dias que também poderá ser prorrogado, mas por uma única vez. Outra peculiaridade

da adoção internacional é que o estágio de convivência deve ser em território nacional, preferencialmente na comarca da residência da criança ou do adolescente.

Durante o estágio de convivência, uma equipe interprofissional ficará responsável por acompanhar o desenvolvimento da relação entre os pretendentes e o infante. Findado o período de acompanhamento, essa equipe deverá apresentar um parecer recomendando ou não o deferimento da adoção ao juiz responsável. Paulo Lôbo (2011, p. 279) entende que “o objetivo do estágio é o de permitir que a autoridade judiciária, com auxílio de equipe interprofissional, possa avaliar a conveniência da adoção”.

Cumpridos todos os requisitos necessários e obrigatórios, a adoção é deferida por meio de sentença, que tem natureza constitutiva, uma vez que estabelece uma relação paterno-filial entre adotante e adotado. Acerca dos efeitos dessa sentença, ensinam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

São efeitos naturais da sentença de adoção a atribuição da condição de filho ao adotado para todos os fins, inclusive sucessórios e de parentesco, a mudança do sobrenome (e, eventualmente, do prenome do adotado) e o desfazimento dos laços paternos anteriores (somente permanecendo para fins de impedimentos matrimoniais), com respectiva extinção do poder familiar. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 941)

Após encerrado o processo de adoção, será expedido mandado ao oficial do registro civil de nascimentos. Se o infante possuir algum outro registro anterior, ele deverá ser cancelado. O novo registro deve constar os nomes do adotado e dos adotantes, como filho e pais, e não pode haver qualquer menção à natureza da filiação (art. 47, §4º, ECA). O adotante poderá requerer a mudança do prenome e sobrenome do adotado. Porém, o adotado maior de 12 anos deverá ser ouvido acerca desta decisão.

A adoção extingue por completo a relação familiar que previamente existia entre o adotando e a sua família biológica, cessando todo e qualquer vínculo, direitos ou deveres em relação aos componentes do núcleo familiar anterior. Contudo, cumpre destacar que o Estatuto reserva ao adotado o direito de conhecer sua origem genética. Por isso, o processo de adoção permanece arquivado e disponível para consulta a qualquer tempo (arts. 47, § 8º e 48, do ECA). O direito personalíssimo de conhecer seus dados biológicos originários, sua ancestralidade genética não se confunde com exigir uma relação paterno-filial. Inclusive, essa é uma exigência que não pode ser feita por nenhuma das partes (FARIAS; ROSENVALD, 2015).

3. A DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO

O processo de adoção transcende o ambiente dos Tribunais. A adoção invade searas dos indivíduos envolvidos que vão além. Para que ocorra com eficiência, a adoção exige dos candidatos uma dose extra de amor, empatia e paciência. Amor para cuidar, educar e proteger o filho gerado por outra pessoa; Empatia para entender que não são fáceis os conflitos internos e traumas vivenciados pela criança/adolescente; e, Paciência para cativar aos poucos a reciprocidade e a confiança que a relação parental exige.

Infelizmente, durante a convivência muitos adotantes não conseguem aflorar tais sentimentos. Por vezes, descobrem sentimentos obscuros que os impossibilitam de olhar a criança/adolescente adotado e vê-lo apenas como filho, sem precisar atribuí-lo a nenhum adjetivo que possa diferenciar a origem daquela filiação.

São muitos os entraves que provocam essa frustração na adoção. Alguns decorrem do próprio processo de adoção, outros derivam do histórico dos adotantes, dos sentimentos que os levaram a optar pela adoção. No presente capítulo, tais questões, que levam à desistência da adoção, serão desenvolvidas e analisadas, sempre que necessário, sob a ótica da psicanálise.

3.1. Condições processuais que corroboram para a desistência da adoção

Como se pode observar, uma das características mais marcantes da adoção é a burocracia do seu processo. A morosidade do processo de adoção que, como visto, tem início bem antes da ação de adoção, é um dos principais fatores que levam à chamada adoção tardia. Entende-se que a adoção de crianças com mais de 2 (dois) anos de idade já é uma adoção tardia.

Não é nenhuma novidade que a maioria dos pretendentes à adoção buscam crianças ainda bebês. Este é um dado estatístico, extraído do Cadastro Nacional de Adoção, que se mantém ano após ano, atualização após atualização. Atualmente, quase cinquenta por cento dos pretendentes que estão habilitados e compõem o CNA preferem crianças entre 0 e 3 anos de idade. Enquanto que mais de cinquenta por cento das crianças e adolescentes que estão cadastrados possuem entre 10 e 17 anos de idade.⁵ Este é um dos vários motivos pelos quais tem-se, no Brasil, um número de pretendentes habilitados maior que o de crianças cadastradas, mas que, ainda assim, permanecem à espera de um lar, uma família.

⁵ Dados oficiais do Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas, obtidos em abril de 2018 – Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

Ocorre que, devido ao longo processo de destituição do poder familiar e às tentativas de reintegração familiar, não são raros os casos em que as crianças chegam aos abrigos ainda bebês e, quando finalmente são encaminhadas ao Cadastro Nacional de Adoção, já não pertencem mais à faixa etária mais procurada pelos pretendentes. Neste ponto, vem a calhar a crítica feita por Maria Berenice Dias, no sentido de que essa insistência em tentar introduzir a criança na família extensa, muitas vezes representa mais uma rejeição familiar. Assevera a ilustre autora o seguinte:

[...] O maior número de devoluções ocorre por parte da família extensa, que não assume os papéis parentais. Acolhem as crianças que, muitas vezes, nem conheciam. Cedem em ficar com a criança por pena, por um ímpeto de solidariedade familiar, que se esvai na primeira dificuldade. (DIAS, 2017, p. 132)

Ou seja, o retardamento da destituição, somado à insistência em manter a criança no seio familiar biológico representam, na prática, a redução das suas chances de ser adotado por uma família que realmente a queira como membro.

Este interesse específico, dos pretendentes, por crianças menores de 3 anos de idade está diretamente relacionado com os motivos que os conduzem à optar pela adoção. A adoção ainda é uma medida buscada por pessoas que não conseguem a reprodução natural e/ou não possuem condições financeiras suficientes para realizar métodos reprodutivos artificiais. Ou, ainda, que chegaram a realizar métodos de reprodução assistida, mas que não lograram êxito. Assim, recorrem à adoção como uma alternativa para satisfazer os seus anseios pela paternidade/maternidade. Acerca deste aspecto, Maria Luiza de Assis Moura Ghirard, psicanalista e pesquisadora pela Universidade de São Paulo (USP), traz em sua obra uma análise bastante acertada:

[...] Ao lado do reconhecimento das dificuldades ligadas à experiência com a adoção, convive, no imaginário social, uma concepção idealizada da adoção. Ao viabilizar o acesso à paternidade/maternidade por outros meios que não o biológico, a adoção constitui-se como uma alternativa para a infertilidade. Ao mesmo tempo, embora seja uma medida encontrada pela cultura para a proteção da criança que se encontra em abandono psíquico e social, viabiliza, paradoxalmente, a crença em saídas que podem ser criativas, porém geradoras de expectativas irreais em relação a uma criança trazida para substituir outra que não pôde ser concebida. (GHIRARD, 2015, p. 19)

Não bastasse essa lentidão do processo de adoção interferir de modo objetivo nas chances do infante ser adotado, há também outro reflexo indireto. Muitas vezes, o tempo de espera pela adoção é tão longo que faz nascer um desengano tanto nos pretendentes quanto nas crianças e adolescentes. Para os pretendentes, a espera pela adoção é bem menos avassaladora

que para os infantes que estão nos abrigos porque, apesar de também terem os seus sentimentos de ansiedade pelo sonho da paternidade/maternidade e todas as aflições proporcionadas pela espera do filho, os pretendentes à adoção possuem, na maioria das vezes, suas rotinas, suas famílias, outros filhos, entre outras questões. Ao mesmo tempo, os infantes vivem diariamente e constantemente essa espera, esse desejo de pertencer a uma família, de ter um lar.

O tempo de espera de um pretendente à adoção é ínfimo se comparado com crianças que estão há mais de cinco anos esperando para serem adotadas. E, conforme o tempo passa, essa espera começa a se transformar em dor, angústia, solidão, baixa autoestima, entre outros conflitos internos e psicológicos, que influenciam diretamente no comportamento e no convívio social da criança e do adolescente.

O que se pode observar da análise dos fatos, de depoimentos de crianças e profissionais da área, é que quanto mais tardia a adoção, mais difícil é a interação e adaptação da criança na família substituta. As crianças e adolescentes que passam muito tempo institucionalizadas tendem a desenvolver um medo da rejeição. Como não conseguiram desenvolver o apego de forma saudável, tendem, na adolescência e na vida adulta, a desenvolver comportamentos antissociais. É comum que alguns fiquem propensos a padrões de insegurança, ansiedade, depressão, devido à toda essa instabilidade dos vínculos sociais que são vivenciados durante a permanência nas instituições de abrigo (DIAS, 2017).

Essas reações são consideradas por muitos, a exemplo do psicanalista Nazir Hamad (2010), como uma defesa natural. A agressividade externada tende a ser proporcional ao medo e à insegurança de serem rejeitadas novamente. E, é nesse difícil momento de convivência que muitos adotantes se chocam e não conseguem lidar com a realidade. Porque, como poderá ser visto no tópico seguinte, os pretendentes à adoção tendem a idealizar uma criança perfeita. Como isso não passa de uma fantasia, muitos não conseguem, seja por despreparo emocional ou falta de empatia, ter paciência e sabedoria para suportar as adversidades, e acabam optando pelo caminho mais fácil: a desistência da adoção.

Outro ponto que o processo de adoção deixa à margem, mas que não deveria porque também influencia bastante na adaptação do adotando no novo lar, é a preparação dos demais membros da família em que o adotando será inserido, principalmente no caso dos pretendentes já possuírem filhos biológicos, socioafetivos ou, até mesmo, advindos de outra adoção.

A falta de adaptação é o argumento mais usado pelos adotantes quando procuram o judiciário para devolver o adotando. Não são raras as vezes em que alegam as dificuldades de relacionamento entre o filho adotado e os filhos que já possuíam antes da adoção. E isso se dá,

principalmente, pela falta de preparação, pela não inclusão de todos os membros neste processo que antecede a chegada da criança ou do adolescente.

Hoje, o processo de adoção exige apenas que os candidatos participem de programas e cursos de preparação psicossocial e jurídica organizados pela equipe interprofissional da Vara da Infância e Juventude (art. 50, parágrafo terceiro, ECA), mas não traz nenhum dispositivo que atente à preparação psicológica dos filhos dos pretendentes. Ou seja, os pais se preparam para a adoção, mas seus filhos não. Ocorre que, quando esses pretendentes são considerados habilitados, a criança que eles adotarem irá conviver com todos os membros daquele núcleo, não apenas com os pais.

A adoção precisa ser encarada de forma semelhante ao que ocorre com a chegada de um novo filho biológico, tendo em vista que durante a gestação todos se preparam para a chegada do bebê. Ora, se hoje já existem serviços voltados para a preparação do cachorro, que é um animal doméstico, para que não fique estressado ou sinta-se rejeitado com a chegada do bebê, não é admissível que não se tenha a mesma sensibilidade com a preparação psicológica de uma criança ou adolescente. É preciso refletir por que em um processo tão complexo, como a adoção, não se há uma preocupação maior em preparar todos os humanos envolvidos.

É necessário que, não só o Judiciário, mas todos os profissionais envolvidos detectem quais aspectos processuais acabam por desencadear o fracasso no desfecho do processo de adoção, uma vez que todo processo judicial possui a sua responsabilidade social. Todas medidas e decisões que são tomadas refletem e custam a vida de pessoas. No caso do processo de adoção, essa responsabilidade requer um cuidado ainda maior, tendo em vista que os protagonistas são crianças e adolescentes – pessoas ainda em formação – que já perderam parte de suas infâncias lidando com o trauma do abandono afetivo de seus pais biológicos.

Observar as causas que levam à desistência da adoção é um primeiro passo para encontrar formas de evitar que a adoção, que é tão aguardada durante anos pelas crianças e adolescentes institucionalizadas, não se torne uma espécie de novo abandono, um novo trauma.

Em relação à morosidade do processo, por ser objeto constante de discussão, o projeto de lei do Estatuto da Adoção (PLS – nº 394/2017) sugere em seu art. 98, parágrafo quinto, uma ampliação no rol de cadastros que deverão ser tratados com prioridade. O projeto acrescenta tratamento prioritário aos candidatos interessados em adotar grupo de irmãos, crianças ou adolescentes acima de oito anos de idade ou com necessidades específicas de saúde. Atualmente, o ECA traz como prioridade apenas a tramitação de processos de adoção em que o adotando for criança ou adolescente com deficiência ou doença crônica (art. 47, parágrafo nono, ECA).

Entretanto, acerca da necessária preparação psicossocial dos filhos dos pretendentes à adoção, debatida acima, o PLS nº 394/2017 nada diz a respeito. Na verdade, em se tratando dessa preparação, infelizmente, o texto legal do projeto de Lei do Estatuto da Adoção não contém nenhum avanço, é praticamente o mesmo que está em vigor no ECA.

3.2. Fatores psicanalíticos que despertam nos adotantes a desistência da adoção

Devido à recorrente situação da devolução de adotandos, diversos psicanalistas e profissionais que atuam na área têm realizado pesquisas que buscam compreender os fatores que culminam na absoluta rejeição do filho adotado. Em meio a tantos depoimentos de pais e filhos adotados que partilharam suas experiências, sentimentos e emoções, algumas considerações puderam ser extraídas. Tais considerações poderão ser observadas, em síntese, nas linhas seguintes.

Maria Luiza de Assis Moura Ghirard (2015), em sua pesquisa de mestrado, chegou à algumas importantes conclusões. A principal delas é a relação da infertilidade com a adoção. Quando motivada pela infertilidade, a adoção carrega o peso das tentativas frustradas de ter um filho biológico. Nesses casos, o ato de adotar surge como uma alternativa criativa de superar a impossibilidade de gerar o próprio filho. Muitos pais alimentam a ideia de que a possibilidade de adotar é uma compensação, atribuindo ao filho adotado o dever de ressarcir-los por sua perda.

Sherrie Eldridge concluiu que esse sentimento de perda está intrínseco em todas as partes que vivenciam a adoção da seguinte maneira:

[...] Ninguém quer reconhecer o lado negativo, doloroso – ou seja, a perda. Mas a verdade é que o próprio ato de adoção se baseia na perda. Para os pais biológicos, a perda do seu fruto biológico, da relação que poderia ter existido, de uma parte real deles mesmos. Para os pais adotivos, a perda por não terem um filho biológico, a criança cujo rosto jamais irá refletir o deles. E para a criança adotada, a perda dos pais biológicos, a primeira experiência de pertencer e ser aceita. Negar a perda da adoção é negar a realidade emocional de cada um dos envolvidos. (ELDRIDGE, 2004, p. 14-15)

Os pais, de modo geral, tendem a depositar em seus filhos diversos sentimentos, tais como, suas ambições, frustrações e abstenções passadas. O filho representa a sucessão de aspectos físicos, a manutenção dos costumes, ideais e, até mesmo, dos negócios da família, o que torna, de certa forma, inevitável essa expectativa.

De acordo com o psicólogo Luiz Schettini Filho, essa antecipação da realidade objetiva por meio da fantasia é consequência natural da estrutura psíquica humana, uma necessidade. Nesse sentido alude:

[...] Como é hábito em nossa cultura, esperamos ver em nossos herdeiros determinadas semelhanças e diferenças em relação a nós, que vão desde os aspectos físicos aos de temperamento e de outros atributos da personalidade. É comum ouvir de pais adotivos, sobretudo de mães, que a criança que vão adotar é a reprodução da que existe em sua imaginação. Essa idealização chega, às vezes, ao exagero de se fazerem verdadeiras montagens à moda dos retratos falados policiais. Tiram-se pedaços de uns e de outros para compor a imagem física desejada; juntam-se características da mais alta qualidade para compor e estrutura intelectual; reúnem-se as mais finas habilidades artísticas e profissionais para dar ao filho da imaginação as formas que irão trazer a satisfação da uma realização pessoal, certamente admiradas pelo mundo. (SCHETTINI FILHO, 1995, p. 52)

Quando tem início com tais aspectos subjetivos, a adoção fica inconscientemente ligada a um sentimento depreciativo, a uma perda. Quando surgem as dificuldades enfrentadas com a criança durante o estágio de convivência essas passam a ser consideradas como uma grande angústia e frustração. Esse sentimento aflora a convicção de que criança não pertence ao adotante, nem ocupa espaço de filho, aí vem a nova rejeição do adotando.

Se este luto não for superado antes da adoção, se o ato de adotar não estiver livre da sobrecarga da infertilidade, da inexistência do filho idealizado, o filho adotivo representará para os pais um sentimento ambíguo. Ao mesmo tempo que representará aos pais a oportunidade de terem filhos, irá simbolizar a ferida aberta da infecundidade.

Outro fator observado pela autora foi a relação dos pais adotivos com as origens dos filhos adotados. A origem, nesses casos, representa um grande mistério para os pais, fazendo surgir alguns temores e fantasias. As fantasias giram em torno das características dos pais biológicos que a criança adotada carrega e os temores se relacionam com o medo de que, com a revelação ao adotando acerca da origem da sua filiação, um dia o filho adotado saia à procura da sua família biológica e os abandone. Esse sentimento desenvolvido, segundo Maria Luiza de Assis Moura Ghirard (2015), costuma ser comum durante o período de guarda.

A aludida autora entende que saber que a sua filiação teve origem com a adoção é de extrema importância para o filho adotado porque representa a construção da sua própria história enquanto indivíduo. Em contrapartida, alerta que a revelação pode desenvolver uma sensação de não pertença. Muitos pais adotivos chegam a desenvolver a angústia e a culpa por terem retirado a criança do convívio de sua família biológica. A ingerência desses sentimentos, tanto pelos filhos quanto pelos pais, por vezes, suscita a devolução do adotando.

Em resumo, o que pode se observar, do ponto de vista psicanalítico, é que a devolução do adotando é uma consequência. Um fato que está precedido de uma série de sentimentos, traumas e conflitos subjetivos que os indivíduos envolvidos no processo de adoção não trataram, ou não reconheciam, antes de se submeterem ao processo de adoção. Cada adotante,

de acordo com seu histórico e seu bem-estar psicológico, reage de uma forma diante do processo de adoção. O que leva à conclusão do quão fundamental é o papel da equipe interprofissional, no processo de adoção, para identificar os perfis dos pretendentes à adoção. De modo que, desde a fase de habilitação, já possam ser detectados nos pretendentes os aspectos psicológicos que costumam suscitar o fracasso do processo de adoção.

3.3. Aspectos legais acerca da (im)possibilidade da devolução do adotado

Antes de analisar a possibilidade ou não da devolução do adotado é preciso determinar em qual momento ela se deu, se foi durante o estágio de convivência ou após o trânsito em julgado da sentença constitutiva, pois cada um compreende suas peculiaridades e efeitos jurídicos específicos.

O Estágio de convivência (art. 46 do ECA), como já explicado, é o período em que a equipe interprofissional acompanha a adaptação entre adotando e adotante. Esse estágio dentro do processo de adoção é extremamente importante para se verificar a viabilidade da adoção, como bem observa Katia Regina F. L. A. Maciel:

[...] Muitas vezes as pessoas que, à primeira vista, se mostram perfeitas para criarem e educarem são as que mais surpreendem por sua inadaptação para agirem como pai e mãe. Inúmeros são os casos em que, surpreendentemente, se percebeu que pessoas de aparente extremo equilíbrio exibiam reações indicadoras de total inaptidão para a paternidade ou maternidade ao enfrentarem situação de dificuldade com a criança ou adolescente que pretendiam adotar. (MACIEL, 2016, p. 368)

Tem sido bastante comum a devolução do adotando quando iniciado o estágio de convivência. Os adotantes procuram a Vara da Infância e Juventude para devolver, literalmente, a criança. Nesse momento, a equipe interprofissional tenta identificar os problemas e dificuldades e auxiliar os adotantes a superar tais questões. Quando, mesmo com o acompanhamento e suporte dos profissionais capacitados, a adaptação entre os adotantes e o adotado não ocorre ou são verificados aspectos que demonstram que a adoção não é oportuna àquele caso ou que oferece riscos à integridade física ou psíquica da criança, a equipe interprofissional elabora um parecer no sentido de julgar improcedente a adoção.

Ou seja, no decurso do estágio de convivência, que existe exatamente para se arrematar a dúvida se aquela adoção em curso será ou não a melhor medida a ser tomada para a criança, se apresenta reais benefícios ao adotando, a adoção ainda não goza de irrevogabilidade. Mas, conforme será analisado no tópico seguinte, isso não significa que, pelo fato da devolução

ocorrer durante o estágio de convivência, os adotantes estejam isentos da responsabilidade dos atos praticados contra os adotandos.

O segundo momento em que a devolução do adotando tem ocorrido com bastante frequência é após o trânsito em julgado da sentença constitutiva. Este é um fato que impressiona e promove diversas discussões e questionamentos, principalmente pelo fato da adoção gozar de irrevogabilidade.

O ECA, em seu artigo 39, parágrafo primeiro, é bastante claro quando dispõe acerca da irrevogabilidade da adoção: “Art. 39 [...] 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei”.

Contudo, como explanam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2015), a regra legal não consegue impedir a ocorrência de situações excepcionais, de casos concretos anômalos. Sempre ocorrerão situações em que os fatos vão se sobrepor ao cumprimento das formalidades. Principalmente no processo de adoção em que figuram crianças e adolescentes que gozam da proteção integral.

Assim sendo, é certo dizer que a revogação da adoção não é o que a lei determina. Porém, na prática, diante de casos específicos e extremos em que se constate que a manutenção da criança na família substituta lhe causará danos físicos e psicológicos irreversíveis, a revogação da adoção deve ocorrer. Manter a criança ou adolescente em um lar que ofende a sua dignidade, o seu direito fundamental à convivência familiar e a sua integridade física e mental por supor que qualquer situação em que ela se encontre vai ser melhor que o abrigo em que estava antes de ser adotada é um erro e, mais que isso, é uma ofensa à doutrina de proteção integral da criança e do adolescente.

A revogação da adoção, nesses casos, surge como uma medida protetiva, que visa resguardar os interesses e a dignidade do adotando. Inclusive, dependendo do caso, sempre que forem evidentes práticas de abuso de direito, violência ou atos ilícitos contra o adotando, o afastamento da criança ou adolescente do lar adotivo é uma medida que deve ser determinada o mais rápido possível.

Diante deste cenário, o projeto de Lei do Estatuto da adoção – PLS nº 394/2017 – demonstrando a preocupação do legislador em proteger as crianças e prevenir a devolução do adotando de modo irresponsável, traz em seu artigo 102 a seguinte proposta de texto legal:

Art. 102. Após três recusas injustificadas de crianças ou adolescentes, indicados dentro do perfil escolhido, haverá reavaliação da habilitação concedida.

Parágrafo único. A desistência da adoção depois do trânsito em julgado da sentença poderá importar na exclusão do Cadastro Nacional da Adoção e vedação de renovação da habilitação, sem prejuízo da apuração de responsabilidades civil dos adotantes, como indenização por danos morais, materiais e fixação de verba alimentar.

Observe-se que o legislador, de forma bastante acertada, já avoca a responsabilidade civil do adotante diante da prática da desistência da adoção. Matéria que fundamenta a origem deste trabalho e que, nos capítulos seguintes, será discutida acerca do seu cabimento e como vem sendo aplicada pelos Tribunais brasileiros.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL NA ADOÇÃO

Devidamente postas as bases referentes ao fenômeno da adoção, resta verificar a possibilidade de se atribuir responsabilidade civil em decorrência da desistência do processo de adoção.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2016), a responsabilidade civil integra o direito das obrigações, uma vez que, ao praticar um ato lesivo, o indivíduo faz surgir uma obrigação de reparar o dano causado. No mesmo sentido caminha Silvio de Salvo Venosa (2017, p. 390), quando define que “o estudo da responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional, sendo a reparação dos danos algo sucessivo à transgressão de uma obrigação, dever jurídico ou direito”.

Já Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto (2017, p. 150) conceituam a responsabilidade civil como “a reparação de danos injustos resultantes da violação de um dever geral de cuidado”. Silvio de Salvo Venosa (2017) entende que o termo “responsabilidade” pode ser aplicado a qualquer situação em que uma pessoa, seja ela natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso.

Não foi sempre que o Direito de Família e a Responsabilidade Civil se comunicaram. A responsabilidade civil esteve por muito tempo mais voltada às questões patrimoniais. Foi após o advento do dano moral que a responsabilidade civil passou a alcançar outros ramos do direito. Assim, é recente a preocupação da doutrina com as situações que geram o dever de indenizar entre os membros da família.

A responsabilidade civil no Direito de Família encontra fundamento na dignidade da pessoa humana e na tutela da personalidade. Para que se possa analisar a responsabilidade civil na adoção é necessário, portanto, retomar à análise dos princípios e valores constitucionais que circundam o Direito de Família e o Direito da Criança e do Adolescente, bem como os princípios e doutrinas da Responsabilidade Civil.

4.1. A devolução do adotando como forma de violação à dignidade e abuso de direito

Com a promulgação da Carta Constitucional de 1988, a dignidade da pessoa humana assumiu o título de princípio essencial ao ordenamento jurídico brasileiro. Pois, como bem se sabe, o legislador constituinte foi bastante influenciado pelos movimentos internacionais em prol dos Direitos Humanos que surgiram após a Segunda Guerra Mundial como também, pelos movimentos nacionais pós-governos militares.

Buscou-se, com a nova ordem constitucional, reafirmar valores que haviam sido amortecidos pelo Regime Militar⁶. A respeito destas mudanças de paradigmas, Andréa Rodrigues Amin, traz a seguinte análise:

[...]No campo das relações privadas se fazia imprescindível atender aos anseios de uma sociedade mais justa e fraterna, menos patrimonialista e liberal. Movimentos europeus pós-guerra influenciaram o legislador constituinte na busca de um direito funcional, pró-sociedade. De um sistema normativo garantidor do patrimônio do indivíduo passamos para um novo modelo que prima pelo resguardo da dignidade da pessoa humana. (AMIN, 2016, p. 51)

Rodrigo da Cunha Pereira (2015), ao elencar os princípios que orientam o Direito de Família contemporâneo, alerta que não há como se pensar no Direito de Família sem que esse esteja atrelado à dignidade da pessoa humana. O macrop princípio atua como base de todo o ordenamento jurídico, mas no Direito de Família, em especial, é o princípio que preconiza todos os demais.

Ressalta ainda o mesmo autor que, dentre os novos princípios coroados pela Carta Magna, estão os do melhor interesse da criança e do adolescente e o da responsabilidade. O primeiro decorre diretamente da Doutrina da proteção integral, estabelecida pelo artigo 227 da CF/88, que buscou assegurar às crianças e adolescentes absoluta prioridade em todas as esferas, colocando-os como sujeitos de direito e possuidores de condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (MACIEL, 2016).

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente serve como orientador, tanto para o legislador quanto para o aplicador, de modo que toda e qualquer medida deve ser tomada visando preservar e garantir os direitos fundamentais da criança e do adolescente. Tal princípio representa um papel fundamental para a efetiva proteção integral. É nesse princípio que, por exemplo, se sustenta a tese da concessão da guarda dos filhos a uma pessoa que detenha as melhores condições psicológicas para ampará-los, independentemente dessa pessoa ser ou não um dos seus genitores. Também é por meio desse princípio que, somado ao princípio da afetividade, são aplicados os institutos jurídicos da guarda compartilhada e da filiação socioafetiva (PEREIRA, 2015).

Nesse sentido, a adoção, embora seja uma via de mão dupla, vez que é inegável a oferta de benefícios mútuos aos indivíduos envolvidos, existe com a prima finalidade de atender às crianças e adolescentes que não conseguiram, por diversos motivos, permanecer em sua família natural. A colocação de uma criança em família substituta, portanto, não é apenas uma forma

⁶ Período entre 1964 e 1985, no qual o Brasil esteve sob controle das Forças Armadas Nacionais.

de garantir-lhe o direito à convivência familiar (art. 19, ECA), mas sim de proteger a sua dignidade humana. Afinal, como bem expõe Galdino Augusto Coelho Bordallo (2016, p. 323), “deixar que uma criança/adolescente chegue à idade adulta em um abrigo é um total desrespeito ao princípio da dignidade humana. Incentivar adoções será a melhor maneira de darmos aplicabilidade à norma constitucional”.

Nessa toada, os dispositivos que compõem o rito processual da adoção, previsto no ECA, foram elaborados no intuito de proteger as crianças e os adolescentes, que são os verdadeiros protagonistas do processo de adoção e que gozam dos princípios da prioridade absoluta e do melhor interesse. Portanto, tais dispositivos não podem ser vistos como disponíveis a beneficiar de forma igualitária as partes do processo.

Por isso, é certo afirmar, sem reserva de dúvida, que o estágio de convivência exposto no artigo 46 do ECA, e já explanado neste trabalho, está previsto para atender aos interesses da criança e do adolescente, e não para servir aos candidatos habilitados como experimento da maternidade/paternidade. O estágio de convivência, portanto, não pode, nem deve ser visto como algo que está disposto com a finalidade de atender aos interesses subjetivos dos adotantes, tampouco deve ser usado como uma escusa à responsabilidade civil dos atos praticados contra os adotandos no seu decurso.

Torna-se, portanto, equivocada a conduta do adotante que, acreditando estar abarcado por um direito, devolve a criança durante o estágio de convivência, alegando mera desistência da adoção. Ora, aos pretendentes à adoção o legislador já reservou todo um processo de habilitação e preparo psicossocial, além de um período de espera pela criança, que lhes dá tempo suficiente para refletirem acerca da certeza pela opção de adotar. Se, ainda assim, restam dúvidas quanto à pretensão de adotar, é dever dos pretendentes comunicar tal incerteza à Vara da Infância e Juventude competente, a fim de que essa não venha a destinar uma criança ou adolescente a quem não a queira, ou a quem, naquele momento, não esteja suficientemente preparado para vivenciar este momento que exige certa paciência, empatia e muito amor. Afinal, a adoção é um ato de amor (MACIEL, 2016).

É irresponsável, para não dizer cruel, a conduta do adotante que, sabendo da incerteza dos seus sentimentos, dispõe-se a despertar – e posteriormente frustrar – em uma criança/adolescente a expectativa de ser adotada, de constituir uma família, de ter um lugar para chamar de lar. A devolução do adotando durante o estágio de convivência não é uma garantia dos adotantes. De fato, o estágio de convivência existe para análise da conveniência da adoção. Porém, essa análise de conveniência está posta para garantir a proteção do adotando, para verificar se aquela adoção atende, de fato, ao melhor interesse da criança. O estágio de

convivência não foi instituído para analisar a conveniência da adoção para os adotantes. O fato da adoção gozar de irrevogabilidade apenas após o trânsito em julgado da sentença constitutiva não significa que antes disso o adotante possua um direito subjetivo de devolver a criança de qualquer forma e sob qualquer fundamento sem que isso lhe acarrete qualquer responsabilidade civil.

É equivocada a noção de quem acredita que o estágio de convivência está como uma oportunidade para o arrependimento da adoção antes da chancela da sentença. Se assim fosse, estaria o Estado na contramão do seu dever de proteger a criança institucionalizada de qualquer dano, estaria dando aos adotantes o direito de praticar uma ofensa contra a criança/adolescente. Afinal, a devolução da criança adotada gera uma ofensa, vez que imprime na criança o sentimento de uma nova rejeição.

Durante o estágio de convivência, de fato, o prosseguimento da adoção pode ser considerado inapropriado ao caso, o que gera o indeferimento da adoção e, conseqüentemente, o adotando retorna à instituição de acolhimento. Porém, isso é uma conclusão obtida pela equipe interprofissional após acompanhar o desenvolvimento do estágio de convivência e constatar que, mesmo com todos os esforços somados entre a família substituta e a própria equipe, a adaptação do adotando não ocorreu. O que é bem diferente da situação em que os adotantes, durante o estágio de convivência, não se empenham para uma melhor adaptação do adotando, não apresentam a empatia e paciência que o momento exige, passam a externar e transferir ao adotando suas questões subjetivas⁷, e, quando não conseguem mais sustentar a convivência com a criança/adolescente simplesmente a devolvem, como se a criança/adolescente fosse um produto com defeito com garantia de devolução.

Isso, ressalte-se, ser a melhor das hipóteses. Porque, na prática, não raros são os casos em que as crianças/adolescentes relatam a violência física e psicológica, os maus-tratos, o desprezo a que são sujeitadas durante a convivência com os adotantes. Alguns casos, inclusive, geram tanto desespero que a criança/adolescente foge do lar, expondo-se a uma situação de extrema vulnerabilidade, à procura do conselho tutelar mais próximo ou da instituição de acolhimento em que estava abrigada. Fato que contraria drasticamente a finalidade do estágio de convivência.

Durante o estágio de convivência, é dever dos adotantes esforçarem-se para o melhor desenvolvimento daquela relação parental que está começando. E, por já estar o adotando sob

⁷ Vide Capítulo 3 deste trabalho

a guarda do adotante, é dever desse garantir a integridade física e psicológica e zelar pelo bem-estar daquele.

Usar o estágio de convivência como um experimento da adoção valendo-se de uma certeza de que durante esse momento a adoção ainda não se tornou irrevogável configura notório abuso de direito. O Código Civil de 2002, em seu artigo 187, traz o abuso de direito como um ato ilícito, conforme pode-se observar: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Acerca do abuso de direito, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto ensinam que:

No abuso de direito alguém aparentemente atua no exercício de um direito subjetivo. O agente não desrespeita a estrutura normativa, mas ofende a sua valoração. Conduz-se de forma contrária aos fundamentos materiais da norma, por negligenciar o elemento ético que preside a sua adequação ao ordenamento. Em outras palavras, no abuso de direito não há desafio à legalidade estrita de uma regra, porém à sua própria legitimidade, posto vulnerado o princípio que fundamenta e lhe concede sustentação sistemática. (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 221)

Assim, é inegável que a devolução do adotando durante o estágio de convivência, quando baseada na mera desistência da adoção ou na apresentação de motivos vagos, configura o abuso de direito. Devolver a criança/adolescente ao abrigo após levá-la a crer que o seu momento tão esperado de pertencer a uma família havia chegado, viola de forma direta os limites impostos pela boa-fé e a função social do próprio dispositivo. Ademais, tal conduta trata-se de “*venire contra factum proprium*”, uma vez que se gera uma legítima expectativa nos infantes, e, posteriormente, de forma abrupta e injustificadamente, os adotantes desistem da adoção.

Já a devolução do adotando após trânsito em julgado da sentença constitutiva configura ato ilícito por natureza. A adoção é medida irrevogável (art. 39, §1º, ECA). Ao adotar, o filho adotivo em nada se distingue do filho biológico. Os vínculos que surgem com a adoção são eternos. A devolução do filho adotado, nesses casos, viola o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da confiança.

Em ambas situações, seja no decurso do estágio de convivência ou após o trânsito em julgado da adoção, permanece a responsabilidade dos adotantes pelos seus atos. Rodrigo da Cunha Pereira traz a responsabilidade como um princípio no Direito de Família. Para o autor, a responsabilidade está atrelada à liberdade, que encontra sentido na ética da responsabilidade. Assim, a responsabilidade é proporcional à liberdade. Nesse sentido, conclui: “posso dizer que

sou mais livre na medida em que sou mais responsável pelos meus atos” (PEREIRA, 2015, p. 1888-1889).

Ora, é de livre vontade que os pretendentes recorrem ao Judiciário para se candidatarem à adoção. Durante a fase de preparação são orientados por equipe interprofissional acerca das entrelinhas da adoção e dos seus efeitos jurídicos. Há de se reconhecer a complexidade do processo de adoção. Como visto em tópicos anteriores, são muitas questões subjetivas que atravessam a adoção. Porém, mesmo cientes das responsabilidades e complexidades que compreendem o ato de adotar, os adotantes voluntariamente se submetem ao processo e, posteriormente, desistem de forma irresponsável.

Quando devolvem a criança/adolescente, praticam ato ilícito, seja pela conduta objetivamente contrária à lei (art. 186, CC/2002) ou pelo abuso de direito (art. 187, CC/2002). E, todo aquele que voluntariamente pratica um ato ilícito deve suportar a responsabilidade do seu ato.

No tópico seguinte, será analisado o fato de que a devolução do adotando, tanto no estágio de convivência quanto após a sentença constitutiva, gera nos adotandos um dano moral, um dano existencial e também material pela perda de uma chance, o que faz surgir, então, o dever de indenizar.

4.2. O dever de indenizar o dano moral, o dano existencial e a perda de uma chance resultantes da devolução do adotando

O Código Civil de 2002 estabelece, em seu artigo 927, que “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Assim, nota-se que o ato ilícito e o dano são condições elementares para a responsabilização civil dos adotantes que devolvem a criança/adolescente. Como visto no tópico anterior, o ato ilícito pode surgir com a prática de um ato contrário à lei (art. 186, CC/2002) ou de um ato que, embora lícito, configura abuso de direito (art. 187, CC/2002).

A devolução do adotando fere a dignidade da pessoa humana, causando-lhe evidente dano moral. E, nos casos da desistência após a sentença constitutiva, ofende, além da dignidade, o princípio da responsabilidade parental (art. 100, parágrafo único, IX, do ECA) e o princípio da não discriminação entre filhos pela origem da filiação. O primeiro efeito da sentença constitutiva é a condição de filho, passando a criança/adolescente a gozar dos mesmos direitos e deveres atribuídos aos demais filhos, sejam biológicos ou não. A irrevogabilidade da adoção, após o trânsito em julgado da sentença, surge dessa condição de igualdade entre os filhos, uma

vez que a filiação é eterna, independentemente de qual seja a sua origem. Não se extingue o vínculo de filiação nem mesmo com a morte dos adotantes ou do adotando. Quando o adotante devolve o filho, já legalmente adotado, está negando a sua responsabilidade parental, abandonando afetivamente a criança/adolescente que já é seu filho.

Não se pode negar o impacto que a devolução provoca nas crianças e adolescentes. A frustração da adoção interfere no desenvolvimento emocional do indivíduo e, por vezes, atrapalha a sua capacidade de se relacionar com outras pessoas, tornando-os pessoas mais retraídas. Como destaca Hália Pauliv de Souza (2012), é comum, ao retornar à instituição de acolhimento, que a criança/adolescente se sinta envergonhada diante dos demais e acabe se isolando. O que demonstra o real constrangimento sofrido pela criança devolvida perante as outras crianças institucionalizadas.

A devolução do adotando imprime na criança/adolescente a sensação de um novo abandono e aumenta os questionamentos internos de que, talvez, ela é que seja o problema para o insucesso das suas relações familiares. Isso reflete diretamente na autoestima da criança e na sua capacidade de voltar a crer na possibilidade de ser adotada por outra família. Muitas crianças, movidas por essa descrença, chegam a manifestar o desinteresse pela adoção, alegando preferirem a permanência na instituição de acolhimento. O que demonstra o receio de serem rejeitados novamente (CARVALHO, 2017).

Inclusive, a devolução interfere também nessas adoções futuras. Uma vez devolvida, tal informação passa a constar no histórico da criança/adolescente, o que gera certo estigma e pode vir a prejudicar as suas relações familiares futuras.

Não resta óbice, portanto, quanto ao dever de indenizar os danos morais provocados pela desistência da adoção. O dano moral, como se sabe, pode ser definido como um dano extrapatrimonial que ofende os valores fundamentais da personalidade humana ou que sejam reconhecidos pela sociedade. Por se tratar de um dano autônomo, independe de uma lesão ao patrimônio da vítima, ainda que, em alguns casos, o mesmo evento danoso também gere lesão patrimonial (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2017).

Além do dano moral puro, a devolução gera um dano existencial, que é aquele que prejudica a execução dos projetos de vida da vítima do dano, alterando o seu modo de viver. O dano existencial provoca uma mudança negativa na rotina da vítima, chegando a prejudicar, até mesmo, suas relações.

Segundo Flaviana Rampazzo Soares (2009), o dano existencial modifica a cotidianidade vida da vítima, prejudicando sua realização pessoal e comprometendo sua capacidade de gozar plenamente sua própria vida em todas as suas potencialidades.

Complementam, Carlos José de Carvalho Neto e Leonina Prado da Silva (2015), que o dano existencial é uma espécie do gênero dano extrapatrimonial, que se constitui na lesão ao direito de personalidade e que se alicerça em dois eixos: dano ao projeto de vida e dano a vida de relações. O dano existencial, assim como o dano moral, também goza de autonomia, podendo ser identificado de forma individualizada, inclusive, quando na mesma situação incorrer outro dano que também ofenda o direito de personalidade. Como, por exemplo, no caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal (AP Cível nº782059820058070001/2007) em que se verificou o dano à imagem e o dano existencial decorrentes do mesmo evento. No caso citado, uma matéria jornalística que tratava de homoafetividade vinculou a imagem de duas mulheres, sem a devida autorização de ambas (dano à imagem). O fato tornou as vítimas alvo de comentários maldosos no ambiente de trabalho, no ambiente familiar e nos próprios ciclos de amizade, obrigando-as a modificarem suas posturas e as suas relações interpessoais (dano existencial).

É fácil verificar o dano existencial que incide sobre a criança e adolescente que, após conviver por tempo considerável com os adotantes, retorna de forma abrupta para a instituição de acolhimento. Tal mudança, muitas vezes incompreendida pela criança, é sentida de forma bastante dura. Afinal, a devolução obriga a criança/adolescente a romper vários laços afetivos já constituídos: seu quarto, seus brinquedos, sua identificação como parte da família, reconhecimento da vizinhança, da localização/bairro, escola, entre outros vínculos constituídos. Esse tipo de mudança, muitas vezes, é difícil até para pessoas adultas, quem dirá para indivíduos ainda em formação, que já carregam diversos enfrentamentos.

No caso das devoluções após o trânsito em julgado da sentença ou em que o estágio de convivência durou tempo considerável, implica dizer que também é devida a indenização pela perda de uma chance. Nesses casos, a perda de uma chance não se trata de ressarcir uma vantagem perdida, mas sim pela oportunidade de conquistar uma vantagem (BIONDI, 2008). Sabe-se, como já demonstrado neste trabalho, que grande parte dos candidatos à adoção procuram por crianças entre 0 e 3 anos de idade. Infelizmente, crianças acima de 5 anos já não estão no interesse da maioria dos adotantes. Assim, é evidente que, conseguir a guarda de uma criança que ainda está na idade mais procurada pelos adotantes e devolvê-la quando já pertence a outro grupo não tão desejável, reduz consideravelmente suas chances de ser adotada posteriormente por outra família. E, como exposto alhures neste trabalho, a devolução passará a constar no histórico do adotando, podendo gerar nos próximos pretendentes um certo preconceito contra o adotando. Conclui-se, portanto, que a devolução, de fato, reduz as chances

de a criança/adolescente vir a ser adotada por uma família que possa lhe oferecer condições dignas, afeto e amparo que os adotantes não conseguiram oferecer.

Apesar de todos os fundamentos supramencionados, há quem não veja a necessidade da responsabilização civil dos adotantes, por considerar que a reparação não vai proporcionar ao adotando uma família. E, de fato, não vai. Porém, a reparação viabiliza, ao menos, a garantia de acesso a um acompanhamento psicológico que possa trabalhar os traumas contraídos pelo abalo da devolução. Além de o valor poder, no futuro, ser aplicado para promoção do acesso a uma instituição de ensino, a um plano de saúde ou, até mesmo, a uma moradia digna. A compensação, de certa forma, devolve as perspectivas positivas para o futuro, da criança e do adolescente, que foram ceifadas com as frustrações familiares.

Conforme se exporá no capítulo seguinte, já há na jurisprudência pátria, além do reconhecimento do dever de reparação pelos danos morais, a condenação dos adotantes ao pagamento de obrigação alimentar.

5. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

A jurisprudência acerca do tema não é uniformizada, e não poderia ser diferente. Afinal, basta uma circunstância ou um ato praticado diverso de outro caso para uma decisão ser completamente diferente de outra. Felizmente, os Tribunais têm avançado e a maioria tem declinado seu entendimento para a verificação do dano e o dever de reparação nos casos de desistência de adoção de forma abrupta e imotivada.

No caso da ação de reparação pelos danos extrapatrimoniais decorrentes da desistência da adoção as decisões se dividem desde a competência material. Alguns juízes entendem que tal demanda não seria de competência da Vara da Infância e Juventude, como o ocorreu no seguinte julgado:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. JUIZADO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE. JUÍZO DA 3ª VARA CÍVEL. AÇÃO AJUIZADA POR MENOR. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. MEDIDA PROTETIVA. AFASTAMENTO DE AGRESSORES. INAPLICABILIDADE DO ECA. COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL. **A ação ajuizada é meramente indenizatória, de modo que não se enquadra em nenhuma das hipóteses específicas a atrair a competência do Juizado da Infância e da Juventude.** Aplicação do previsto nos arts. 98 e 148 do ECA. Precedentes jurisprudenciais. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA JULGADO PROCEDENTE. (Conflito de Competência Nº 70053853396, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 25/04/2013)

Entretanto, embora a demanda judicial pretenda a fixação de verba compensatória a títulos de danos materiais e morais, o mérito não trata de questão meramente patrimonial. A demanda encontra fundamento em um assunto de maior relevância, que são os danos ocasionados pelo rompimento de vínculos afetivos de uma criança com uma família que já acreditava ser a sua. Assim, por tratar-se a matéria de interesse da criança e do adolescente, resta óbvia a incidência do ECA e, conseqüentemente, o processamento da ação originária deve se dar perante o Juízo da Vara da Infância e Juventude. Deste entendimento partilhou a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no seguinte sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ECA. ADOÇÃO. DESISTÊNCIA DA ADOTANTE. CRIANÇA PORTADORA DE NECESSIDADE ESPECIAL. DECISUM DE PRIMEIRO GRAU QUE DETERMINOU O DECLÍNIO DE COMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA, DA INFÂNCIA, DA JUVENTUDE E DO IDOSO DE NILÓPOLIS PARA UMA DAS VARAS CÍVEIS DA MESMA COMARCA AO ENTENDIMENTO DE QUE A AÇÃO AJUIZADA POSSUI CARÁTER MERAMENTE INDENIZATÓRIO. Ação originária que busca

aferir a conduta da ré, pessoa que espontaneamente se interessou em adotar criança portadora de necessidade especial, vindo a inserir-se em processo de habilitação para adoção, para desistir do ato logo após. [...] **Hipótese que não trata de mero pedido patrimonial. Controvérsia que se funda em questão de maior gravidade, qual seja, no rompimento de vínculos afetivos de uma criança com uma família que já acreditava ser a sua. Tratando-se a matéria de interesse do infante, resta óbvia a incidência do Estatuto da Criança e do Adolescente, daí porque necessário o processamento da ação originária perante o Juízo da Vara de Família, da Infância e Juventude e do Idoso onde inicialmente foi proposta a ação civil pública em referência.** Situação que exige a atuação de equipe interprofissional da qual são dotadas as varas da infância para o fornecimento de dados importantes a fim de se detectar eventuais prejuízos causados ao menor. RECURSO PROVIDO. (TJ-RJ – AI: 00206565120158190000 RIO DE JANEIRO NILÓPOLIS 2ª VARA FAM INF JUV IDO, Relator: AUGUSTO ALVES MOREIRA JUNIOR, Data de Julgamento: 03/05/2016, OITAVA CÂMARA CÍVEL, Data da Publicação: 09/05/2016).

Tal controvérsia sequer deveria existir porque o Estatuto da Criança e do Adolescente é bastante claro em seu artigo 148, incisos III e IV, quando determina a competência da Justiça da Infância e da Juventude:

Art. 148. A Justiça da Infância e da Juventude é competente para:

[...]

III - conhecer de pedidos de adoção e seus incidentes;

IV - conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, observado o disposto no art. 209;

[...]

O inciso III, inclusive, parece óbvio. Se a Vara da Infância e Juventude é competente para conhecer do pedido de adoção, também será para o enfrentamento de questões daí decorrentes. Ademais, o ECA também traz a necessária atuação da equipe interprofissional nas Varas da Infância e Juventude, para que não escape ao conhecimento do juiz dados importantes sobre os eventuais prejuízos causados ao menor. Assim aduz os artigos 150 e 151 do ECA:

Art. 150. Cabe ao Poder Judiciário, na elaboração de sua proposta orçamentária, prever recursos para manutenção de equipe interprofissional, destinada a assessorar a Justiça da Infância e da Juventude.

Art. 151. Compete à equipe interprofissional dentre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico.

Superada a celeuma acerca da competência material para julgamento das ações indenizatórias oriundas da desistência da adoção, passa-se, então, à análise dos julgados que tratam, de fato, do reconhecimento da compensação aos infantes devolvidos às instituições de acolhimento.

O primeiro julgado trata-se de um Acórdão da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais em face do recurso de Apelação nº 1.0194.12.007673-3/001. O recurso foi interposto por R.R.M.S. e I.S.B. em face da Ação Civil Pública movida, em desfavor destes, pelo Ministério Público de Minas Gerais, em resposta à sentença proferida, que julgou parcialmente procedente o pedido e, por conseguinte, condenou os apelantes a repararem os danos morais causados à favorecida L. A. M. R. Fixou-se a quantia de R\$10.000,00 (dez mil reais), acrescida de juros, no percentual de 1%, a partir da citação e correção monetária desde a publicação da sentença. Para compreensão dos fundamentos que levaram à decisão do Tribunal, cabe apresentar a seguinte síntese do caso.

A infante foi abandonada pelos pais biológicos na data do seu nascimento (ano 2003). No ano de 2009 passou a conviver sob a guarda dos apelantes. Durante todo o processo de acompanhamento psicossocial os adotantes afirmavam o interesse em manter o vínculo de filiação com a infante, a adaptação estava sendo bem-sucedida, o comportamento social, escolar e familiar da criança estava dentro das normalidades e a menor já reconhecia os adotantes como pais. Em 2011, durante novo estudo social, o casal demonstrou estar passando por dificuldades conjugais, vindo a solicitar a suspensão do processo de adoção pois não tinham certeza da manutenção da união conjugal. Superada a crise conjugal, a menor permanecia sob a guarda dos adotantes, durante um dos acompanhamentos (janeiro/2012), os adotantes informaram que aguardavam a chegada da filha biológica e que estariam bastante inseguros quanto a convivência futura e educação das duas crianças, mas que mantinham o interesse pela adoção da menor porque já a tinham como filha.

Entretanto, em momento seguinte, o “pai” teria relatado que com a gravidez a esposa estava sofrendo alterações psicológicas e que, diante das diversas discussões, acreditava que ela não mais teria interesse na adoção. O adotante declarou que não queria causar sofrimento à criança, e que não desejava abrir mão da guarda pois valorizava o vínculo afetivo já consolidado com a infante e acreditava que a esposa estava agindo por impulso e sob influência de terceiros.

Na mesma oportunidade, a equipe recolheu o depoimento da criança, no qual a mesma afirmou ter participado de uma conversa com os “pais”, em que eles haviam lhe comunicado que a “mãe” não queria mais permanecer com ela. A criança relatou à equipe a sua insegurança e a mudança no relacionamento entre os adotantes e ela. Afirmou, ainda, que estava se

esforçando para não os desagradar, obedecendo a eles, obtendo boas notas e bom comportamento na escola, que buscava auxiliar a “mãe” nos afazeres domésticos e que estava muito feliz com a chegada da “irmã”.

Em março de 2012 foi realizada a audiência de instrução, na qual os adotantes, mais uma vez, confirmaram a intenção de adotar a criança e afirmaram não terem dúvidas quanto as consequências do ato. Contudo, na audiência seguinte, realizada em agosto do mesmo ano, quase três anos após a interposição do procedimento de adoção e cinco meses após a última manifestação, o casal afirmou não ter a intenção de continuar com o pedido de adoção, sob argumento de que a menor havia retirado da carteira do “pai” a quantia de R\$30,00 (trinta reais) para comprar guloseimas na padaria. Na sequência, foi homologada por sentença a desistência do processo de adoção, e determinado que a menor fosse encaminhada à Fundação Comunitária Fabricianense.

Ao constatar o dano moral ocasionado à infante, o Ministério Público de Minas Gerais promoveu a Ação Civil Pública com fito de obter a devida reparação pela ofensa gerada. No julgamento da ação o Juízo prevento julgou procedente o pedido e condenou os adotantes. Insatisfeitos com a decisão interpuseram recurso que foi considerado improvido pela 5ª Câmara do Tribunal de Justiça de Minas Gerais com fundamentos que merecem a exposição a seguir.

O relator fundamentou seu voto nos princípios constitucionais que circundam o Direito de Família, em especial, no princípio da dignidade da pessoa humana. Também destacou que, embora a adoção ainda não tivesse sido chancelada, os adotantes estavam com a guarda da criança já a aproximadamente 3 (três) anos e que resultou na construção de um vínculo familiar. Também destacou que o “instituto da guarda, por sua vez, apesar de não se tratar de medida definitiva, é significativo e tem ampla repercussão na vida de crianças e adolescentes [...] implica em direitos e obrigações dos pretensos pais adotivos”.

Levou-se também em consideração o fato de a desistência ter ocorrido após um longo trabalho psiquiátrico e social, e o motivo apresentado, após anos de convivência harmoniosa com a infante, foi que: a menor estaria “roubando dinheiro” da carteira do pai para comprar doces.

O Tribunal concordou com o magistrado de primeiro grau no sentido de que não era preciso muito esforço para concluir que os adotantes desistiram da adoção da menor “de forma abrupta, sem qualquer motivação lógica ou coerente e de maneira extremamente irresponsável, não pensando nos sentimentos de uma criança já tão traumatizada pelo seu histórico anterior de rejeição familiar”. Destacou, inclusive, que os adotantes “excederam manifestamente os limites impostos pela boa-fé objetiva, cometendo abuso de direito”. Reconheceu, ainda, os sérios

prejuízos à menor, a exposição ao constrangimento de ser novamente levada ao abrigo em decorrência de mais um processo de rejeição.

De forma bastante acertada, o Tribunal admitiu que não há vedação expressa para que os futuros pais adotivos desistam da adoção. Todavia, a guarda implica em direitos e obrigações aos pretensos pais adotivos, em especial de inviolabilidade da integridade psíquica da criança, e do seu exercício considerando o princípio da boa-fé objetiva ou da confiança. Ademais, a interpretação legislativa das normas do Estatuto da Criança e do Adolescente é no sentido de sempre priorizar e resguardar os seus interesses, não se permitindo, a bem destes, a revogação da adoção sob qualquer pretexto. Em outras palavras, a previsão da revogação é justamente para beneficiar o “filho adotado”, não aqueles que desistem de adotar.

Segundo o relator, o furto alegado não pode ser visto como desvio de conduta da criança, que deveria ser resolvido pelos pretensos pais, pois nos termos do art. 33 do ECA, a guarda inclui a obrigação de educar. Portanto, a desistência da adoção não se deu com fulcro em situação anormal. Do fato alegado não se constata a existência de problemas graves e aptos a ensejar a desistência.

Destacou que a medida adotada pelo casal foi bastante contrária do que espera de uma pretensa entidade familiar, e que os adotantes expuseram a criança a tratamento constrangedor. O dano moral que sofreu restou devidamente demonstrado, principalmente porque a infante teve de enfrentar novo processo de rejeição e de confusão emocional.

Por fim, o Tribunal concluiu que os apelantes cometeram ato ilícito por abuso de direito, excedendo os limites impostos pelo fim social e pela boa fé. E, com a frustração da adoção, provocaram na criança sentimentos de dor e sofrimento. Considerando, ao final, devida a reparação a que foram condenados pelo Juízo de primeiro grau e decidindo pela improcedência do pedido de reforma da decisão.

Como pode-se observar, esse julgado é congruente com os fundamentos apresentados ao longo deste trabalho acadêmico. Observa-se que o entendimento, tanto do juízo de primeiro grau, quanto do Tribunal, eleva a proteção dos princípios constitucionais, o que condiz com a construção do direito civil-constitucional.

No mesmo sentido tem caminhado outras decisões como, por exemplo, o recente Acórdão da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM OCORRENTE. GUARDA PROVISÓRIA. DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO DURANTE O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA. NEGLIGÊNCIA E IMPRUDÊNCIA DOS

ADOTANTES CARACTERIZADA. DANO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR PRESENTE. VALOR DA INDENIZAÇÃO MANTIDO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O art. 201, IX, da Lei nº 8.069, de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente confere legitimidade ativa extraordinária ao Ministério Público para ingressar em juízo na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis afetos à criança e ao adolescente. 2. Assim, o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, cujo objetivo é responsabilizar aqueles que supostamente teriam violado direito indisponível do adolescente. 3. Embora seja possível desistir da adoção durante o estágio de convivência, se ficar evidenciado que o insucesso da adoção está relacionado à negligência e à imprudência dos adotantes e que desta atitude resultou em comprovado dano moral para o adotando, este deve ser indenizado. 4. O arbitramento da indenização pelo dano moral levará em conta as consequências da lesão, a condição socioeconômica do ofendido e a capacidade do devedor. Observados esses elementos, o arbitramento deve ser mantido. 5. Apelação cível conhecida e não provida, mantida a sentença que acolheu em parte a pretensão inicial, rejeitada uma preliminar. (TJ/MG – AC: 10702140596124001 MG, Relator: Caetano Levi Lopes, Data de Julgamento: 27/03/2018, Data da Publicação: 06/04/2018)

No caso acima citado, o vínculo afetivo entre os adotantes e o infante teve início com o apadrinhamento afetivo⁸. Motivados pelo sentimento construído durante o apadrinhamento afetivo, os adotantes postularam a adoção. Em agosto de 2012 foi concedida a guarda provisória do menor. Os estudos realizados pela equipe interprofissional após a guarda relatam que inúmeras demonstrações de interesse pela ratificação da filiação, alegavam que já consideravam o adotando como filho. Entretanto, depois de alguns meses, os adotantes, de forma abrupta, demonstraram o desinteresse pela adoção. O desprezo dos adotantes com menor era tamanho que, em dezembro de 2013, a guarda precisou ser revogada em razão do tratamento hostil ao qual o infante estaria sendo submetido.

Assim como no caso anterior, a mudança de comportamento dos adotantes coincidiu com o nascimento do filho biológico. Diante de toda humilhação e abalo psicológico sofrido pelo menor e a ausência de motivo justificável para a desistência da adoção, restou reconhecido o dever de reparar o dano moral, a violação à dignidade da pessoa humana, a ofensa à função social do estágio de convivência, que existe visando o melhor interesse da criança/adolescente. O Tribunal, então, negou provimento ao recurso de apelação interposto pelos adotantes. E manteve, portanto, a condenação proferida pelo Juízo de primeiro grau.

⁸ De acordo com o CNJ, o apadrinhamento afetivo é um programa voltado para crianças e adolescentes que vivem em situação de acolhimento ou em famílias acolhedoras, com o objetivo de promover vínculos afetivos seguros e duradouros entre eles e pessoas da comunidade que se dispõem a ser padrinhos e madrinhas.

Em outro caso, também julgado pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em que a desistência da adoção ocorreu antes do trânsito em julgado da sentença constitutiva, não foi identificado o dano moral. Entretanto, foi reconhecido o dano decorrente da assistência material retirada do menor, condenando os adotantes ao pagamento de obrigação alimentar até o último dia de vida do infante. Como pode-se observar da ementa a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INDENIZAÇÃO - DANO MATERIAL E MORAL - ADOÇÃO - DESISTÊNCIA DE FORMA IMPRUDENTE PELOS PAIS ADOTIVOS - PRESTAÇÃO DE OBRIGAÇÃO ALIMENTAR DEFERIDA - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. - A adoção tem de ser vista com mais seriedade pelas pessoas que se dispõem a tal ato, devendo estas ter consciência e atitude de verdadeiros "pais", que pressupõe a vontade de enfrentar as dificuldades e condições adversas que aparecerem em prol da criança adotada, assumindo-a de forma incondicional como filho, a fim de seja construído e fortalecido o vínculo filial. - Inexiste vedação legal para que os futuros pais desistam da adoção quando estiverem com a guarda da criança. Contudo, cada caso deverá ser analisado com as suas particularidades, com vistas a não se promover a "coisificação" do processo de guarda. - **O ato ilícito, que gera o direito a reparação, decorre do fato de que os requeridos buscaram voluntariamente o processo de adoção do menor, deixando expressamente a vontade de adotá-lo, obtendo sua guarda durante um lapso de tempo razoável, e, simplesmente, resolveram devolver imotivadamente a criança, de forma imprudente, rompendo de forma brusca o vínculo familiar que expuseram o menor, o que implica no abandono de um ser humano. Assim, considerando o dano decorrente da assistência material ceifada do menor, defere-se o pedido de condenação dos requeridos ao pagamento de obrigação alimentar ao menor, enquanto viver, em razão da doença irreversível que o acomete.** - Inexistindo prejuízo à integridade psicológica do indivíduo, que interfira intensamente no seu comportamento psicológico causando aflição e desequilíbrio em seu bem-estar, por não ter o menor capacidade cognitiva neurológica de perceber a situação na qual se encontra, indefere-se o pedido de indenização por danos morais. (Desª Hilda Teixeira da Costa) APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0481.12.000289-6/002 - COMARCA DE PATROCÍNIO - APELANTE(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS - APELADO(A)(S): WANDERLEY NUNES DA SILVEIRA E SUA MULHER, ROSANGELA ROSARIA MACHADO SILVEIRA

No caso acima, o menor foi entregue aos adotantes logo após o seu nascimento. Tendo em vista que a genitora já havia manifestado, desde a gravidez, o interesse em entregar o bebê à adoção. Após o nascimento, os adotantes logo deram entrada com o pedido de adoção e obtiveram de imediato a guarda provisória do menor. Passados dois anos, o bebê foi diagnosticado como portador de uma doença congênita que provocou má formação do sistema

nervoso central. Os adotantes, então, alegando motivo de “foro íntimo”, desistiram da adoção e devolveram a criança.

Diante disso, o Tribunal reconheceu a ocorrência do ato ilícito, que gera o direito à reparação, diante do fato de que os requeridos buscaram voluntariamente o processo de adoção do menor, manifestando, expressamente, a vontade de adotá-lo, obtendo sua guarda durante um lapso de tempo razoável, e, simplesmente, resolveram devolvê-lo imotivadamente, de forma imprudente, rompendo bruscamente o vínculo familiar, o que implica no abandono de um ser humano absolutamente incapaz.

Levou-se em consideração que a guarda, de acordo com o artigo 33, caput e parágrafo terceiro do ECA, já obriga os adotantes a assistirem materialmente o adotando e concede a esses, em relação àqueles, a condição de dependentes para todos os fins de direito, de modo que cabia aos adotantes lidar com tais questões, que são inerentes ao múnus a que estavam dispostos a assumir quando decidiram adotar a criança. Ademais, do mesmo modo alhures sustentado neste trabalho, o Tribunal rebateu o fundamento de que o estágio de convivência cria um “direito de devolução”, e defendeu que a decisão definitiva acerca da adoção deve ser tomada antes do efetivo ajuizamento do processo de adoção, a fim de se evitar causar danos à criança ou adolescente que já sofreu a rejeição pelos pais biológicos. Destacou, inclusive, que antes de descobrirem a doença do bebê estavam tão firmes no propósito de adotar que pleitearam a dispensa do estágio de convivência.

Diante de todo o exposto, a Corte reconheceu o pedido de condenação dos adotantes ao pagamento de obrigação alimentar ao menor, enquanto viver, em razão da doença irreversível que lhe atingia. Por outro lado, quanto ao dano moral, não reconheceu a existência de dano capaz interferir no comportamento psicológico, nem a existência de abalo emocional sofrido pelo menor, por considerar que, em razão das condições neurológicas, a criança sequer teria discernimento suficiente para compreender a situação de abandono que lhe foi imposta.

Todos os julgados analisados até aqui tratavam da desistência da adoção antes do trânsito em julgado da sentença constitutiva. Agora, de outro modo, será apresentada a decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que reconheceu o dever de indenizar dois irmãos adotados após a devolução. Embora essa não seja uma decisão recente, mantém o seu destaque no meio jurídico em razão da complexidade do caso e da frieza que restou evidenciada por parte dos adotantes.

APELAÇÃO CÍVEL. PODER FAMILIAR. DESTITUIÇÃO. PAIS
ADOTIVOS. AÇÃO AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.
ADOÇÃO DE CASAL DE IRMÃOS BIOLÓGICOS.

IRRENUNCIABILIDADE E IRREVOGABILIDADE DA ADOÇÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. RENÚNCIA DO PODER FAMILIAR. ADMISSIBILIDADE, SEM PREJUÍZO DA INCIDÊNCIA DE SANÇÕES CIVIS. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 166 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PERDA DO PODER FAMILIAR EM RELAÇÃO AO CASAL DE IRMÃOS ADOTADOS. DESCONSTITUIÇÃO EM FACE DA PRÁTICA DE MAUS TRATOS FÍSICOS, MORAIS. CASTIGOS IMODERADOS, ABUSO DE AUTORIDADE REITERADA E CONFERIÇÃO DE TRATAMENTO DESIGUAL E DISCRIMINATÓRIO ENTRE OS FILHOS ADOTIVOS E ENTRE ESTES E O FILHO BIOLÓGICO DOS ADOTANTES. EXEGESE DO ART. 227, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL C/C ART. 3º, 5º, 15, 22, 39, §§ 1º, 2º E ART. 47, TODOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE C/C ART. 1.626, 1.634, 1.637 E 1.638, INCISOS I, II E IV, TODOS DO CÓDIGO CIVIL. MANUTENÇÃO DOS EFEITOS CIVIS DA ADOÇÃO. AVERBAÇÃO DO JULGADO À MARGEM DO REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO DOS MENORES. PROIBIÇÃO DE QUALQUER ESPÉCIE DE OBSERVAÇÃO. EXEGESE DO ART. 163, § ÚNICO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE C/C ART. 227, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DANO MORAL CAUSADO AOS MENORES. ILÍCITO CIVIL EVIDENCIADO. OBRIGAÇÃO DE COMPENSAR PECUNIARIAMENTE OS INFANTES. APLICAÇÃO DO ART. 186 C/C ART. 944, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL. JUROS MORATÓRIOS. MARCO INICIAL. DATA EM QUE A SEQUÊNCIA DE ILICITUDES ATINGE O SEU ÁPICE, MATIZADA, NO CASO, PELO ABANDONO DO FILHO ADOTADO EM JUÍZO E SUBSCRIÇÃO DE TERMO DE RENÚNCIA DO PODER FAMILIAR. EXEGESE DO ART. 398 DO CÓDIGO CIVIL EM INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA COM O ART. 407 DO MESMO DIPLOMA LEGAL. PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. PERTINÊNCIA ENTRE O PEDIDO E O PRONUNCIADO. NECESSIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO E RELATIVIZAÇÃO DAS REGRAS PROCESSUAIS CLÁSSICAS EM SEDE DE DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MITIGAÇÃO DA DISPOSIÇÃO CONTIDA NO ART. 460 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VÍTIMAS QUE, NA QUALIDADE DE IRMÃOS BIOLÓGICOS E FILHOS ADOTIVOS DOS RÉUS MERECEM RECEBER, EQUITATIVAMENTE, A COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA PELOS DANOS IMATERIAIS SOFRIDOS. HIPOTECA JUDICIÁRIA. EFEITO SECUNDÁRIO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. APLICAÇÃO DO ART. 466 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

I – A adoção é medida irrevogável e irrenunciável, assim como o é a filiação biológica, sendo impossível juridicamente a prática de qualquer ato dos pais buscando atingir tal desiderato. Por outro lado, por aplicação analógica do art. 166 do ECA, os pais podem renunciar ao poder familiar, sem prejuízo da possibilidade de decretação pelo Estado-juiz da sua suspensão ou extinção pelos motivos elencados nos artigos 1.635, 1.637 e 1.638, todos do Código Civil, combinados com os dispositivos do Estatuto específico que dispõe também sobre a matéria. Assim, considera-se inexistente o “termo de declaração de renúncia ao poder familiar” firmado pela genitora dos menores, notadamente no que concerne a prática do malsinado ato, por instrumento de mandato, na qualidade de procuradora representante de seu marido, cidadão estrangeiro que se encontrava no exterior para a realização de curso de pós-graduação. Destarte, se a lei veda a adoção por procuração (ECA, art. 39, 2º), *mutatis mutandis*, estaria igualmente proibida a sua desconstituição ou poder familiar por instrumento de mandato. **Assinala-se, por oportuno, a tomada**

de vulto em todo o território nacional da infeliz prática de situações idênticas ou semelhantes a que se examina neste processo, atos irresponsáveis e de puro desamor de pais adotivos que comparecem aos fóruns ou gabinetes de Promotores de Justiça para, com frieza e desumanidade, “devolver” ao Poder Público seus filhos, conferindo-lhes a vil desqualificação de seres humanos para equipará-los a bens de consumo, como se fossem produtos suscetíveis de devolução ao fornecedor, por vício, defeito ou simples rejeição por arrependimento. E, o que é mais grave e reprovável, a desprezível prática da “devolução” de crianças começa a assumir contornos de normalidade, juridicidade, legitimidade e moralidade, em prol do pseudo benefício dos infantes. O Poder Judiciário há de coibir essas práticas ignóbeis e bani-las do nosso contexto sócio-jurídico de uma vez por todas. **Para tanto, há de, exemplarmente, punir os infratores das leis civis, destituindo-os do poder familiar e condenando-os pecuniariamente pelo ilícito causador de danos imateriais a crianças e adolescentes, vítimas já marcadas pela própria existência desafortunada que se agrava com os atos irresponsáveis de seus adotantes, sem prejuízo da responsabilidade criminal de seus agentes.** Frisa-se, ainda, que a inserção de crianças e adolescentes em famílias substitutivas objetiva atender primordialmente os interesses dos menores (art. 1.625, CC) e não as pretensões dos pais, mesmo que altruísticas, em que pese não raramente egoísticas. II – Castigar imoderadamente os filhos, humilhá-los e desqualificá-los no seio familiar e publicamente, ameaçá-los com castigos e malefícios diversos, inclusive a “desconstituição” da adoção, o abuso de autoridade, violência psicológica, desamparo emocional e a conferência de tratamento desigual entre os irmãos adotados, e, entre estes e o filho biológico do casal adotante, entre outras práticas vis, são suficientes para ensejar a destituição do poder familiar com fulcro no art. 1.637 c/c art. 1.638, incisos I, II e IV do Código Civil, e art. 18 c/c art. 24 do ECA, na exata medida em que o instituto jurídico da adoção confere aos adotados idêntica condição de filho, com os mesmos direitos e qualificações, segundo regra insculpida na Lei Maior (art. 227, § 7º), art. 1.626 do Código Substantivo Civil e art. 20 do ECA. **Assim, a prática desses atos que dão ensejo à perda do poder familiar sobrepõem-se ao eventual desinteresse posterior dos réus à renúncia formulada. Sem dúvida, os pais têm o condão de, em tempo hábil, desistir da renúncia ao poder familiar eventualmente por eles formulada ou assentida. Todavia, serão destituídos do poder familiar pela prática de outros atos graves, como sucede no caso em exame.** III – Nada obstante as ilicitudes praticadas pelos réus estejam mais identificadas com a pessoa do filho adotado, sobretudo no que concerne a rejeição do infante, o poder exercido pelos adotantes em relação aos dois irmãos adotados é uno e indivisível, não podendo a desconstituição do poder familiar incidir apenas em face de um deles. Ademais, assim como se faz mister evitar o rompimento do vínculo fraternal para fins de adoção (ECA, art. 28, § 4º), a mesma regra há de ser observada, em contrário senso, para o caso de destituição do poder familiar envolvendo irmãos biológicos adotados pelo mesmo casal. IV – A sentença que decreta a perda do poder familiar será averbada à margem do registro de nascimento das crianças (ECA art. 163, p. único). Contudo, por aplicação analógica da regra contida no art. 47, § 4º do ECA, nenhuma observação poderá constar nas certidões do registro. V – A perda do poder familiar não extingue os demais vínculos civis decorrentes da adoção, inclusive os sucessórios, mantendo-se os infantes na condição de filhos dos adotantes (CF, art. 227, § 7º c/c CC, art. 1.626 c/c e ECA, art. 41). VI – A prática de atos que dão ensejo a desconstituição do poder familiar é causadora, por ação ou omissão, de danos imateriais aos infantes (na hipótese, casal de

irmãos) que experimentam sofrimentos físicos e morais, decepções e frustrações por não encontrarem um lar substitutivo capaz de proporcionar-lhes amor, harmonia, paz e felicidade. *In casu*, agrava-se o dano das infelizes crianças a circunstâncias de procederem de família cujos genitores biológicos já haviam sido destituídos, igualmente, do poder familiar, sendo que residiam em abrigo especializado enquanto aguardavam, esperançosamente, pela adoção que ora se frustra. Por essas razões, acertada a formulação de pedido condenatório do Ministério Público e o seu acolhimento pela magistrada sentenciante, por danos morais, em face dos atos praticados pelos réus contra seus filhos menores, servido a providência como medida punitiva e profilática inibidora, além de compensar pecuniariamente as vítimas do ilícito civil, tendo a quantia estabelecida observado bem a extensão do dano e a qualidade das partes, em sintonia com princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

VII – O dano moral, na qualidade de ilícito civil de natureza imaterial, há de ser compensado pecuniariamente, nos termos do disposto no art. 186 do Código Civil, tendo-se como balizamento para a quantificação a extensão do dano sofrido pelas vítimas. Por sua vez, os juros haverão de incidir desde a data em que o ilícito foi praticado, segundo regra definida no art. 398 do Código Civil que, praticamente, repete na íntegra as disposições contidas no art. 962 do revogado Código de 1916. Esses dispositivos, por outro lado, haverão de ser interpretados sistematicamente com o art. 407 do Código Civil (correspondente art. 1.064 do CC/16), que define a incidência de juros legais mesmo que a parte não alegue prejuízo, uma vez que lhe seja quantificado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento ou acordo entre as partes, em se tratando de prestação de valor, dispositivos estes, que se complementam. Destarte, como o dano moral tem natureza imaterial, a dívida dele decorrente não é de dinheiro, mas de valor, e, por conseguinte, para verificar-se a incidência e contagem dos juros legais, mister se faz que a compensação pecuniária venha a ser primeiramente quantificada, o que ocorreu, no caso vertente, em sentença condenatória. Por presunção legal, tratando-se de ilícito civil, o devedor encontra-se em mora desde a prática do ato acoimado, nada obstante ainda se apresente ilíquida a obrigação, pois a sua quantificação somente tornar-se-á certa quando da fixação por decisão judicial transitada em julgado. Assim, nas “obrigações provenientes de *ato ilícito*, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou” (art. 398, CC). Trata-se de mora *ex re*, imposta pela própria lei, equivalente ao inadimplemento absoluto, sendo irrelevante, portanto, a perquirição acerca da liquidez da obrigação, tendo em vista que haverá de incidir os juros retroativamente em qualquer das hipóteses. Assim, desde a prática do ilícito causador de dano moral ou imaterial (art. 186, CC), os riscos da prestação e a mora, correm por conta do autor da ilicitude (devedor). Em outros termos, por ficção jurídica, a lei presume o autor do ilícito em mora desde a data do cometimento do ato, razão pela qual é conhecida na doutrina como “mora automática, presumida ou irregular”.

VIII – Considerando-se que os irmãos, filhos adotivos dos réus, foram vítimas de atos distintos praticados contra eles, porém, todos de extrema gravidade capaz de acarretar em perda do poder familiar de ambos, não se pode compensar pecuniariamente pelos danos morais sofridos apenas um deles (o menino) conforme pretensão do Ministério Público acolhida na sentença condenatória objurgada, mas também a irmã, pois ambos sofreram danos imateriais evidenciados por provas cabais produzidas durante toda a instrução. De outra parte, compensar pecuniariamente uma das vítimas e deixar a outra ao desamparo jurisdicional equivaleria a fomentar desigualdade entre os irmãos, além de deixar de minimizar o sofrimento da pequena vítima, ambos sujeitos passivos das ilicitudes perpetradas pelos algozes genitores. Assim, em que pese o

requerimento de condenação por danos morais formulado na inicial e acolhido na sentença ter sido direcionado apenas em favor de uma das vítimas, nada obsta a relativização e flexibilização do princípio da congruência (relação entre o pedido e o pronunciado), de maneira a fazer-se alcançar o mesmo benefício à outra vítima, pois a regra contida no art. 460 do CPC, apropriada para o processo civil clássico, há de ser mitigada quando projetada para atender o Estatuto da Criança e do Adolescente. Em arremate, o ajuste da sentença recorrida, neste ponto, não importa em *reformatio in pejus*, pois o acórdão mantém o mesmo *quantum* objeto da condenação, repartindo apenas a importância, equitativamente, entre os menores, vítimas do ilícito. IX – Tratando-se a hipoteca judiciária de efeito secundário das sentenças condenatórias de pagamento de soma em dinheiro, ordena-se a constituição desta decisão como título garantidor do cumprimento do julgado, no Registro Imobiliário, nos termos do art. 466 do CPC c/c art. 167, inc. I, item 2, da Lei 6.015/73. (TJ-SC - Apelação Cível n. 2011.020805-7, Relator: Joel Figueira Júnior, Data de Julgamento: 20/09/2011, Primeira Câmara de Direito Civil da Comarca de Gaspar)

Os menores, no caso acima exposto, foram adotados em 2004, na época a menina tinha 03 anos e o menino 06 anos. Seis anos após a efetiva adoção os pais adotivos procuraram a equipe de assistência social forense da Comarca de Blumenau afirmando que o menino não queria mais conviver com a família e que o desinteresse deles pela manutenção da relação familiar era recíproco, deixando clara a intenção de renunciarem apenas ao poder familiar que possuíam sobre o menino.

Após ouvir o depoimento do menino e de outras testemunhas, a equipe interprofissional constatou que a ausência de afeto do infante com os pais adotivos era fruto da discriminação que vinha sofrendo por parte dos pais, que o tratavam de forma diversa da menina e, ainda, tratavam ambos de forma diversa do filho biológico. Dentre os depoimentos dos maus-tratos sofridos, foi relatado que os pais obrigavam o menor a lavar as roupas de cama que sujava sempre que urinava enquanto dormia, e que, certa vez, devido ao abalo psicológico, chegou a fugir. Quando retornou, a mãe não o permitiu que entrasse em casa sem que antes se desculpasse pela fuga, fato que só ocorreu após a intervenção da polícia militar.

Restou incontroverso o desprezo que os pais adotivos tinham pelo menino. Mais de uma vez assumiram que se submeteram à adoção conjunta porque já estavam “apaixonados” pela menina. Ainda, de acordo com depoimentos de vizinhos, os maus-tratos e xingamentos apenas contra o menino eram constantes.

Não bastasse a diferenciação no tratamento entre os filhos adotivos, o casal mantinha tratamento diferenciado do filho biológico com os filhos adotivos. Os pais mantinham o filho biológico matriculado em escola particular, enquanto que o casal de irmãos adotivos estudava

em escola pública, contrariando de forma incisiva a princípio constitucional da não-discriminação entre os filhos (art. 227, §6º, CF/88).

Em audiência, a mãe adotiva declarou que pretendia manter o vínculo de filiação apenas com a menina. O Ministério Público, de forma bastante acertada, declarou a impossibilidade da medida, uma vez que contrariava severamente os preceitos previstos em Lei. De mais a mais, asseverou que a manutenção da menina naquele núcleo familiar oferecia riscos ao seu psicológico, requerendo a busca e apreensão imediata da criança. O pedido foi atendido e os irmãos retornaram juntos à instituição de acolhimento.

O juízo de primeiro grau, decretou a destituição do poder familiar por infração ao disposto nos artigos 3º, 5º, 15 e 22 do Estatuto da Criança e Adolescente, em razão da prática reiterada de maus tratos físicos e morais, castigos imoderados, abuso de autoridade e tratamento discriminatório entre os irmãos.

Merece destaque a valiosa observação feita na sentença proferida pela ilustre Magistrada de primeiro grau, Juíza Ana Paula Amaro da Silveira. A mesma comprovou, por meio de dados oficiais, que à época da adoção existiam cadastrados para adoção no Estado de Santa Catarina 3.522 casais nacionais, além de 500 casais estrangeiros e, dentre esses casais, cerca de 85 casais aceitavam o perfil que as crianças se enquadravam. Tal observação feita pela Magistrada demonstra claramente a incidência da perda de uma chance a que os menores foram submetidos, e que foi explicitada ao longo deste estudo. Ressalte-se que a reparação pelo dano decorrente da perda de uma chance não chegou a ser requerida pelo Ministério Público. O Ministério Público pediu, tão somente, a reparação pelos danos morais causados ao menino.

A decisão de primeiro grau reconheceu a procedência do pedido diante dos fatos comprovados que geraram grave dano, principalmente de ordem moral e emocional ao menino, determinando o ressarcimento pelo dano causado no valor de R\$ 80.000,00 (Oitenta mil reais).

Os adotantes, em sede de Apelação, tentaram reduzir o valor fixado, mas o Egrégio Tribunal entendeu que o valor era perfeitamente adequado às peculiaridades do caso concreto, tendo em vista a gravidade e extensão do dano, a culpabilidade dos envolvidos, bem como a condição financeira destes. Entretanto, o Tribunal entendeu que a compensação pecuniária também era devida em favor da menina, que também sofreu, ainda que por reflexo, violências psicológicas. Assim, restou determinada a partilha do valor fixado em 50% (cinquenta por cento) para cada irmão. Devendo a quantia ser depositada em conta de poupança judicial, em favor dos menores, até completarem a maior idade.

Por todo o exposto, resta evidente que os Tribunais têm avançado no reconhecimento do dano imaterial provocado pelo rompimento abrupto do vínculo afetivo decorrente da

desistência da adoção. A cada decisão é possível observar a valorização da dignidade da pessoa humana, o melhor interesse da criança e do adolescente, além de acentuado grau de reprovação diante da postura irresponsável e indiferente que os adotantes apresentam quando não estão mais interessados na adoção da criança/adolescente que já está sob a sua guarda ou poder familiar.

Também é possível verificar que os julgadores intentam, com a condenação dos pagamentos a título de indenização ou de prestação alimentar, não somente punir os responsáveis pelos danos causados, mas usá-los como exemplo para futuros adotantes. Uma vez que, esses estando atentos aos possíveis efeitos dos seus atos, reavaliem os seus comportamentos diante das crianças e adolescentes que estejam sob a sua guarda ou poder familiar.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo envidou demonstrar que a devolução de uma criança, seja no decurso do processo de adoção ou após o trânsito da sentença constitutiva, causa evidente abalo psicológico e moral, caracterizando o dano moral e, por vezes, o dano existencial. Restando devido dever de reparação aos responsáveis.

Embora a legislação determine que a adoção é medida irrevogável, adotantes devolvem crianças adotadas. Mesmo diante da impossibilidade jurídica, o Judiciário tem sido “forçado” a determinar a destituição do poder familiar e, de fato, devolver a criança à instituição de acolhimento, a fim de preservar ao máximo a sua integridade física e moral. Afinal, não há como manter uma criança/adolescente em um ambiente em que esteja sujeita à rejeição, humilhação, violência física e moral.

O próprio termo devolução, quando associado a uma criança, remete a uma coisificação da pessoa humana, como se a criança fosse um objeto com defeito em que, diante da insatisfação, é possível realizar a sua devolução. Por óbvio, esta atitude tomada pelos adotantes viola a dignidade das crianças e adolescentes, ofendendo a sua autoestima e reacendendo traumas advindos da rejeição anterior – pela própria família, o dano psicológico é incalculável e, diversas vezes, irreversível.

Através da análise jurisprudencial e doutrinária foi possível observar que o ato da devolução de adotandos reúne as condições necessárias ao cabimento da responsabilidade civil dos adotantes, sendo devido, por vezes, o pagamento de indenização a título de danos morais e materiais, bem como, de prestação alimentar. Pôde-se observar da análise das decisões judiciais, que a condenação dos adotantes pelos atos praticados contra os infantes não possui mera finalidade punitiva ou patrimonial. A responsabilização pela devolução do adotando passa por matéria de interesse social, pelo direito fundamental que a criança possui de ser tratada com dignidade e não sofrer nenhum tipo de abuso ou violência, seja físico ou moral. Além de possuir uma finalidade preventiva, a fim de gerar nos candidatos às futuras adoções uma noção do dever de cuidado e respeito advindo com a adoção.

Ainda, o estudo fundamentou que o estágio de convivência não pode ser usado como uma escusa às responsabilidades que a guarda prevê, tampouco como um experimento da paternidade/maternidade antes da chancela da sentença constitutiva. Uma vez que o estágio de convivência existe para atender ao melhor interesse da criança e do adolescente, e não para favorecer os adotantes. Portanto, ainda que ocorra no decurso do estágio de convivência, sempre que a devolução do adotando ocorrer de forma abrupta e imotivada, quando a guarda já tenha

decorrido por um lapso temporal considerável ou já tenha sido demonstrado expressamente pelos adotantes o interesse pela adoção, ou, ainda, já haja o reconhecimento de um vínculo afetivo entre o menor e o adotante, e o adotante – posteriormente – mude de opinião acerca da adoção, é devido o dever de reparar o dano causado ao infante em razão do abuso de direito, do dano existencial e da perda de uma chance.

Com a análise da legislação vigente e da psicanálise, também foi possível identificar quais aspectos processuais e psicossociais corroboram para o insucesso da adoção. Do ponto de vista processual, foi possível observar que o processo de adoção precisa ser revisto em alguns aspectos, de modo que algumas medidas práticas precisam ser adotadas para que se evite uma futura frustração da adoção. Como, por exemplo, a inclusão de todos os membros, que compõem o núcleo social em que o adotando será inserido, na preparação psicossocial realizada na fase de habilitação, não somente dos candidatos à adoção. Em especial, a inclusão dos filhos que os candidatos já possuam.

Já do ponto de vista da psicanálise, pôde-se constatar que as expectativas atribuídas ao filho adotado, a idealização do filho perfeito e a falta de compreensão exata dos esforços necessário que a adoção exige, ainda são os grandes fatos que motivam a desistência da adoção. Não podendo deixar de memorar a influência da infertilidade e da não recuperação plena do luto. Muitas pessoas ainda procuram a adoção sem que estejam realmente prontos para aquilo que estão se sujeitando. Como foi possível observar na análise dos julgados, não são raros os casos em que os casais adotam por não conseguirem procriar e, em momento posterior, quando conseguem gerar o próprio filho, desenvolvem um comportamento de rejeição e apatia com a criança adotada.

Desse modo, observa-se que a equipe interprofissional deve desenvolver medidas para que haja uma identificação prévia dos perfis dos adotantes que são mais propensos à desistência da adoção, para que se possa ter uma preparação psicossocial mais criteriosa com esses candidatos. Nesse sentido, seria importante que a seleção dos perfis dos candidatos fosse mais seletiva, identificando bem os seus antecedentes e motivos que os conduziram à adoção, a fim de se identificar, desde o início, padrões que podem no futuro fazer o processo de adoção fracassar e sujeitar crianças e adolescentes a novos abalos psicológicos.

Nesse sentido, foi possível avaliar o quão fundamental é o papel da equipe interprofissional ao longo de todo o processo de adoção. A assistência psicossocial nas Varas de Infância e Juventude tem uma atuação multifacetada, agindo desde a fase de habilitação, quando estão sendo identificados os perfis dos candidatos, até a fase de adaptação do adotando no novo lar. E, por vezes, a equipe também atua na solução de conflitos e na identificação dos

danos gerados aos adotandos, bem como, dos motivos que levaram o convívio – entre adotantes e adotandos – a não ser bem-sucedido.

Por fim, restou evidente que o processo de adoção precisa ser visto com mais seriedade e comprometimento por parte daqueles que se submetem a despertar numa criança/adolescente a esperança ou experiência de pertencer a uma família. Os candidatos precisam compreender que cada criança que compõe o Cadastro Nacional de Adoção já carrega um passado muito doloroso, não precisando ser sujeitada a novas rejeições e a novos traumas. O Judiciário, de outra banda, precisa atuar de forma proativa para evitar a insurgência dessas ofensas contra os direitos dos menores, seja através da elaboração de medidas preventivas ou por meio de medidas punitivas.

REFERÊNCIAS

- AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Katia Regina F. L. Andrade (Coord.). **Curso de Direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. cap. 1. p. 45-54.
- BIONDI, Eduardo Abreu. **Teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil**. 2008. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9793-9792-1-PB.pdf>>. Acesso em: 28 de abril de 2018.
- BRASIL. Congresso. Senado. Código nº 6697, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. **Código**. Brasília, DF.
- BRASIL. Congresso. Senado. Código nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Código Civil**. Brasília, DF,
- BRASIL. Constituição da República, de 5 de outubro de 1988. **Constituição**. Brasília, DF.
- BRASIL. Congresso. Senado. Estatuto da Criança e do Adolescente nº 8069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Estatuto**. Brasília, DF
- BRASIL. Congresso. Senado. Lei nº 3133, de 8 de maio de 1957. Atualiza o instituto da adoção prescrita no Código Civil. **Lei**: Federal. Rio de Janeiro, RJ.
- BRASIL. Congresso. Senado. Lei nº 4655, de 2 de junho de 1965. Dispõe sobre a legitimidade adotiva. **Lei**: Federal. Brasília, DF.
- BRASIL. Congresso. Senado. Lei nº 12955, de 5 de fevereiro de 2014. Acrescenta § 9º ao art. 47 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para estabelecer prioridade de tramitação aos processos de adoção em que o adotando for criança ou adolescente com deficiência ou com doença crônica. **Lei**. Brasília, DF.
- BRASIL. Congresso. Senado. Lei nº 13257, de 8 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei no 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei no 12.662, de 5 de junho de 2012. **Lei**. Brasília, DF.
- BRASIL. Congresso. Senado. Lei Nacional de Adoção nº 12010, de 3 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. **Lei**. Brasília, DF.

BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei Estatuto da Adoção nº 394, de 2017. Dispõe sobre o Estatuto da Adoção de Criança ou Adolescente. **Projeto de Lei**. Brasília, DF.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Katia Regina F. L. Andrade (Coord.). **Curso de Direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. cap. 8. p. 315-394.

CARVALHO, Larissa Grouiou. A indenização no âmbito da adoção. **Revista Científica Semana Acadêmica**. Fortaleza, ano MMXVII, n. 000118, 2017. Disponível em: <<https://semanaacademica.org.br/artigo/indenizacao-no-ambito-da-adocao>>. Acesso em: 25 de abril de 2018.

CARVALHO NETO, Carlos José de; SILVA, Leonina Prado da SILVA. DANO EXISTENCIAL: autonomia, comparação com alguns danos de sua espécie e circunstâncias. **Revista da Universidade Vale do Rio Verde**. v.13, n. 1, p. 15-24, 2015. Disponível em: <<http://periodicos.unincor.br/index.php/revistaunincor/article/view/2085>>. Acesso em: 28 de abril de 2018.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. Trad. De Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004

DIAS, Maria Berenice. **Filhos do afeto: questões jurídicas**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

FARIAS, Cristiano Chaves; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 4 ed. Salvador: JusPodivm, 2017

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito civil: famílias**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2015

GHIRARDI, Maria Luiza de Assis Moura. **Devolução de crianças adotadas: um estudo psicanalítico**. São Paulo: Primavera Editorial, 2015

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2016

HAMAD, Nazir. **Adoção e parentalidade: questões atuais**. Trad. Maria Nestrovsky Folberg; Mario Fleig; Jasson Martins. Porto Alegre: CMC, 2010

LÔBO, Paulo, **Direito civil: famílias**, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011

MARCILIO, Maria Luiza. A roda dos expostos e a criança abandonada no Brasil colonial: 1726-1950. In FREITAS, Marcos Cezar. (Org.). **História Social da Infância no Brasil**. São Paulo: Cortez, 1997

MACIEL, Katia Regina F. L. Andrade (Coord.). **Curso de Direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAUX, Ana Andréa Barbosa; DUTRA, Elza. A adoção no Brasil: algumas reflexões. **Estud. Pesqui. Psicol.**, Rio de Janeiro, v.10, n.2, ago. 2010. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-42812010000200005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 24 março de 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 4 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. Uma principiologia para o Direito de Família. **Revista Jurídica Luso brasileira**. v. 1, n. 1, p. 1871-1893, 2015.

SCHETTINI FILHO, Luiz. **Compreendendo o filho adotivo**. 2. ed. Recife: Edições Bagaço, 1995.

SOUZA, Hália Pauliv de. **Adoção tardia: devolução ou desistência de um filho?: a necessária preparação para adoção**. Curitiba: Juruá, 2012.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade Civil por Dano Existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

ELDRIDGE, Sherrie. **Vinte coisas que filhos adotados gostariam que seus pais adotivos soubessem**. Trad. Luis Reyes Gil. São Paulo: Globo, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.